

## Familia Y Sucesiones 2do Parcial

### UNIONES CONVIVENCIALES

Disposiciones generales, caracterización. Elementos constitutivos. Requisitos. Registración. Pactos de convivencia

#### UNIONES CONVIVENCIALES:

En el Código de Vélez Sarsfield no se encontraban reguladas estas uniones. En el Censo de 2010 surge que del total de las parejas que conviven, el 38% no han celebrado matrimonio. Dicha realidad sociológica es acompañada, desde lo jurídico, con la reforma constitucional de 1994 que ampara las distintas formas de familia y les reconoce protección por parte del Estado. Tal es así, que el Código Civil y Comercial incorpora un título especial, en donde establece consecuencias civiles a las llamadas “Uniones Convivenciales”. Las uniones convivenciales expresan otra forma de familia, y merecen reconocimiento y regulación por parte del Estado.

No cualquier unión entre dos personas constituye una unión convivencial → Son las uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, públicas, notorias, estables y permanentes de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo. → **art 509**

*El título comienza por enumerar las características que reúnen las uniones convivenciales, sin dar una definición legal al respecto. Es decir, opta por indicar los elementos constitutivos de dichas uniones lo que, de alguna manera, permite extraer una idea conceptual de tales uniones.4*

#### ELEMENTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES:

**Singularidad:** la unión debe ser monogámica, excluyéndose cualquier otra forma de convivencia. En consecuencia, esta representa un correlato con el matrimonio.

**Publicidad y notoriedad:** significa que la relación no sea oculta, a escondidas de la sociedad. Dicha unión debe ser asumida externamente por sus integrantes en su respectivo círculo familiar y social. Por lo que resulta necesario que los terceros le brinden el trato de tales.

**Estabilidad y permanencia:** la unión se debe prolongar durante algún tiempo, lo que lleva a su correlativa estabilidad → cuando la falta de vida en común se motiva por circunstancias ajenas a la voluntad de la pareja, el elemento de estabilidad no se vería afectado.

**Indiferencia del sexo:** las uniones convivenciales pueden ser constituidas tanto por parejas de mismo sexo como de distinto sexo. La unión convivencial entre personas del mismo sexo había sido reconocida jurisprudencialmente con fundamento en el derecho a la seguridad social y el derecho a la igualdad de trato.

**Proyecto de vida en común:** el concepto comprende tanto la cohabitación (aspecto material), que implica vivir bajo el mismo techo, como la affectio (aspecto espiritual), es decir, la voluntad-intención de vivir integralmente en pareja.

**Unión de dos personas:** De conformidad al precepto legal la unión convivencial puede ser constituida solamente por dos personas, excluyéndose la posibilidad de que el vínculo

afectivo se estructure sobre la unión de dos o más personas. Solari considera que tal exigencia resulta desacertada en tiempos actuales. Teniendo en consideración tal limitación, estimo que el precepto podría ser atacado de inconstitucional inconvencional, desde una perspectiva convencional y en función del reconocimiento de la diversidad de modelos familiares.

### **REQUISITOS:**

→ art 510

**1. Que ambos integrantes sean mayores de edad**, es decir, deberán tener 18 años para constituirlo → cómo se requiere un mínimo de dos años, las personas recién podrán estar amparadas por este tipo de uniones a los 20 años.

Crítica: se presenta una *desigualdad con respecto al matrimonio*, ya que el único sistema de protección al que podrán acceder las personas de 18 años o menores que quieran constituir una familia es a través de la institución matrimonial.

**2. No sean parientes en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el 2do grado.** En cambio, podrían constituir una unión convivencial el tío/a con su sobrino/a (tercer grado) y los primos entre sí (cuarto grado).

**3. No sean parientes por afinidad en línea recta (sin limitación).** De esta manera, la ley contempla la hipótesis de que haya habido un matrimonio anterior. En cuyo caso, no puede haber vínculo de parentesco por afinidad entre ellos, en línea recta. Así, una persona no podría estar en unión convivencial con su ex suegra o ex yerno; ni con la hija o hijo de su anterior cónyuge.

**4. No tengan impedimento de ligamen.** Las uniones de personas que tengan impedimento de ligamen, por prolongada que fuere la convivencia, haya o no hijos comunes, no quedarán amparadas en las denominadas "uniones convivenciales". En verdad, el error consiste en confundir la convivencia registrada de las meras convivencias de hecho. Respecto de las primeras, es lógico que exista tal diferencia, pues no sería admisible registrar una convivencia de pareja cuando subsiste un matrimonio anterior, por parte de uno de los integrantes de la unión. Registralmente, no podría coexistir un matrimonio y una unión convivencial. En tal situación, la diferencia estaría justificada. Otra cosa sucede cuando estamos en presencia de convivientes que, de hecho, viven en relación de pareja. Aquí deben quedar comprendidos los convivientes en general, tengan o no impedimento de ligamen. Se trata de un fenómeno sociológico distinto de las parejas registradas, que debe ser diferenciado y regulado por separado. El resultado de tal distinción —entre aquellas uniones que tengan o no impedimento de ligamen— es que muchas familias quedarán excluidas de la protección legal, habida cuenta de que las convivencias de parejas, en los hechos, también se hallan integradas por personas que no están legalmente divorciadas.

En esta lógica, me parece necesario destacar que la discriminación efectuada por el legislador —según tengan o no impedimento de ligamen—, respecto de los convivientes, habilita al recurso de la declaración de inconstitucionalidad.

**5. No tengan registrada otra convivencia:** La exigencia resulta lógica, en virtud de que simultáneamente una misma persona, jurídicamente, no podría estar en convivencia con dos personas. Sería una exigencia similar a la que rige en el matrimonio, en donde no puede celebrarse válidamente el acto en tanto existe impedimento de ligamen.

**6. Se exige un período mínimo de convivencia de dos años.**

## **SITUACIÓN JURÍDICA DE QUIENES NO CUMPLEN CON LOS REQUISITOS:**

Las uniones convivenciales quedan amparadas por la ley solo si cumplen con los 6 requisitos, en ausencia de alguno de ellos, las UC no estarán contempladas dentro del marco y protección legal.

**Crítica:** Muchas familias quedan fuera de la protección legal, no pudiéndose amparar en protecciones como la protección de la vivienda o la compensación económica.

## **REGISTRACIÓN:**

→ art 511

Se puede realizar la inscripción, los pactos que hagan los convivientes, y la extinción de la misma en el Registro de Uniones Convivenciales. Se prevé la creación de un Registro de Uniones Convivenciales. La misma será local, debiendo crear cada jurisdicción el respectivo Registro. Para poder inscribir una nueva unión convivencial, si alguno de los integrantes de la misma está inscrito en una anterior, se debe cancelar para realizarla posterior unión convivencial.

- Está solo tiene carácter probatorio, pues para constituir una unión convivencial **no es imprescindible tal registración**→ existen **uniones convivenciales de hecho** (conviven sin haberse registrado) y **uniones convivenciales registradas**.

Cuando el ordenamiento jurídico introduce el Registro para dichas uniones, entonces ya estamos ante un fenómeno específico, **consistente en aquellas parejas que, por voluntad expresa, deciden inscribir tal unión. Para ellas, podría contemplarse un régimen jurídico específico, atendiendo a su deseo y voluntad expresa.** Otro fenómeno lo constituyen las parejas que de hecho conviven. Aquí la legislación debe establecer efectos jurídicos distintos. **No pueden coincidir unos y otros, pues expresan realidades distintas.**

Un ejemplo de ello lo constituye el requisito del impedimento de ligamen. Cuando estamos ante una convivencia de hecho, allí el impedimento de ligamen debiera ser irrelevante.

Por otra parte, de conformidad al precepto legal, en el Registro se puede realizar: la inscripción de la unión, propiamente dicha; los pactos que eventualmente hicieren los convivientes; finalmente, la extinción de dicha unión. Además, no podría realizarse una inscripción registral si previamente se halla registrada una unión de alguno de los integrantes de la pareja. Hasta tanto no se produzca la extinción. Tampoco corresponderá la inscripción de la unión convivencial, cuando uno de sus integrantes se hallare casado y su matrimonio no se hubiere disuelto.

**Crítica:** no sólo tiene carácter probatorio, ya que el asentimiento del conviviente a los fines de la protección de la vivienda familiar sólo será exigible en tanto la UC se haya registrada, si se trata de una UC no registrada, el conviviente titular no requerirá el asentimiento para realizar los actos de disposición.

## **PRUEBA:**

→ art 512

A pesar de la disposición legal, en cuanto a que el valor del registro solamente tendría carácter probatorio, se presenta la situación del art. 522 , **donde se establece que el asentimiento del conviviente, a los fines de la protección de la vivienda familiar durante**

**la normal convivencia de las partes, será exigible en tanto se halle inscripto en el Registro** de Uniones Convivenciales. Por el contrario, si se tratare de una convivencia no registrada, el conviviente propietario no requerirá del asentimiento del otro para la realización de los actos allí descriptos. Se advierte, de esta manera, una contradicción entre los arts. 511 y 512 CCyC —que solamente otorgan carácter probatorio al Registro— y el art. 522 del mismo cuerpo legal —que otorga derecho a la protección de la vivienda familiar solamente cuando la unión convivencial se halla inscripta.

## **PACTOS DE CONVIVENCIA:**

### **Art 513**

Los convivientes, en virtud de la autonomía de la voluntad, tienen la posibilidad de pactar y convenir sobre distintas cuestiones referidas a la convivencia. Entre convivientes existe un principio general, de libertad contractual, en el que rige plenamente la autonomía de la voluntad, con la salvedad de las cuestiones de orden público, que comprenden las situaciones específicamente vedadas en la norma de referencia.

Se estima que tales cuestiones constituyen un piso mínimo inderogable por voluntad de las partes. Ese "umbral mínimo" es de orden público y, por lo tanto, no rige la autonomía de la voluntad.

**Forma:** el acuerdo o convenio sobre los aspectos personales o patrimoniales que regirán la unión convivencial **debe ser efectuado por escrito.**

**Alcance:** Lo establecido en la disposición bajo análisis consagra claramente la naturaleza contractual de las uniones convivenciales, tal como se halla prevista en el ordenamiento jurídico.

Es aquí donde, a mi entender, confunde el legislador dos modelos de familia distintos: las uniones convivenciales registrables y las uniones que de hecho conviven, sin ninguna registración. Si tales pactos no se llevan a cabo, entonces se presume que los bienes adquiridos por cada uno de ellos tienen carácter estrictamente personal, como si la vida en pareja no presumiera ningún esfuerzo común en las adquisiciones efectuadas.

La presunción de algún efecto patrimonial no significa contrariar la autonomía de la voluntad, pues en ejercicio de ella, los integrantes de dicha unión podrían manifestar expresamente otros efectos.

## **CONTENIDO DEL PACTO DE CONVIVENCIA:**

→ **art 514**

Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

- a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;
- b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;
- c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

No es taxativo, pueden comprender otros aspectos no contemplados en este art.

A modo ejemplificativo, se establece el contenido de los pactos de convivencia, pudiéndose comprender otros aspectos no contemplados específicamente en la disposición legal.

En primer lugar, puede ser objeto del pacto la forma en que cada uno va a contribuir a las cargas del hogar común durante la convivencia. Todo ello, sin perjuicio de las obligaciones impuestas en el art. 520, sobre la contribución de los gastos del hogar. En segundo lugar, podrían convenir la atribución del hogar común, si se produce la ruptura de la unión. Se permite que previamente a la ruptura, acuerden dicha atribución del bien, por lo que podrían alterar o modificar las normas previstas en los arts. 526 y 527. También podrían convenir, para cuando se produzca la ruptura de la unión, la forma de división de los bienes obtenidos durante la convivencia. Este aspecto tiene trascendencia, pues de conformidad al art. 528 CCyC, la unión convivencial no produce efectos respecto de los bienes adquiridos durante la unión, por lo que la autonomía de la voluntad regirá plenamente en tal sentido, cuando se contemple expresamente tal división.

### **PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD:**

→ art 513

Rige la voluntad de las partes a la hora de realizar los pactos→ Los convivientes tienen amplitud para pactar y convenir distintas cuestiones referidas a la convivencia, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

### **LÍMITES:**

→ art 515

Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

- El principio de autonomía de voluntad tiene como límite el respeto del principio de igualdad de las partes y la protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la unión. Con resguardo de ese “umbral mínimo” existirá entre los integrantes de la unión la libertad de reglar sus derechos y obligaciones derivados de la convivencia.

### **MODIFICACIÓN, RESCISIÓN Y EXTINCIÓN:**

→ art 516

Los pactos celebrados por los convenientes podrán ser modificados, alterados o dejados sin efecto en cualquier momento, incluso durante la convivencia→ la realización del pacto no obliga a que su vigencia permanezca inalterada hasta el final de la convivencia.

### **EFFECTO DEL PACTO RESPECTO A TERCEROS:**

→ art 517

Son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

### **EFFECTOS DURANTE LA CONVIVENCIA Y LUEGO DEL CESE.**

arts: 519/520/521/522

## el art 518 es importante??? PREGUNTAR AYLEN.

ARTICULO 519.- Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia.

habla de la asistencia en general pero en las uniones convencionales es distinto, **solari dice que la asistencia son solo los alimentos en lo que es uniones convivenciales.** El deber de asistencia comprende un aspecto amplio, pues tiene un contenido personal y patrimonial. Cuando se legisla sobre el matrimonio, la ley refiere al deber de asistencia en general y de alimentos, en particular. A pesar de que al tratar las uniones convivenciales no se ha seguido la misma metodología —lo que resulta un desacierto legislativo— entiendo que la obligación alimentaria de los convivientes surge del deber de asistencia en general.

ARTÍCULO 520.- Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.

Este artículo tiene el mismo alcance que al que se refiere al matrimonio en el 455, es el equivalente. (siempre que convivan en el mismo hogar) Así, deberán contribuir a su propio sostenimiento, a los derivados del hogar común, así como a los gastos que demanden los hijos comunes menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes, siempre que convivan con ellos.

ARTÍCULO 521.- Responsabilidad por las deudas frente a terceros. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461. Así como la ley equipara los efectos derivados del deber de contribución en el matrimonio, en lo atinente a la responsabilidad por deudas frente a terceros, contraídas durante la convivencia, también adopta la misma solución. Los convivientes responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes, menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes que convivan con la pareja.

ARTÍCULO 522.- Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro. **ESTO ES DISTINTO A LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR, ES PROTECCIÓN..**

-1er momento: cuando es una normal convivencia, 2do cuando cesa la convivencia pero ambos están con vida y la 3er es cuando cesa la convivencia pero uno de los dos fallece.  
**SOLARI Y LA CATEDRA HABLAN DE DISCRIMINACIÓN A LAS UNIONES CONVIVENCIALES**

El contenido del art. 522 refiere al derecho a la vivienda familiar durante la unión convivencial; es de aplicación este precepto **mientras se mantenga la normal convivencia de las partes.** Dicha protección comprende a partir de la inscripción en el Registro de la Unión Convivencial hasta el cese de la convivencia.

**-Necesidad de que la unión convivencial se halle inscripta.** La norma es poco feliz, tanto desde el punto de vista formal como sustancial. Desde el punto de vista formal, hay una discordancia de lo establecido en el art. 511 CCyC con lo legislado en el art. 522 CCyC. El derecho humano a la vivienda y su debida protección familiar no puede estar supeditado a la inscripción de dicha unión convivencial, sino que, en todo caso, tuvo que haberse previsto un

Registro especial de inscripción para tales situaciones, si se quería proteger la seguridad jurídica. En consecuencia, a los fines de la protección de la vivienda familiar, durante la convivencia, se distinguen las uniones convivenciales registradas de aquellas uniones convivenciales que no han sido registradas. Solamente la primera de ellas tendrá cobertura legal.

**-Requisitos.** Para que prospere el correspondiente asentimiento del conviviente no propietario debe cumplirse con las siguientes condiciones: a) debe tratarse de **actos de disposición** o, en su caso, para sacarlos del inmueble; b) debe tratarse de **derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables** que hay en ella o para transportarlo a estos fuera de la vivienda familiar; c) puede tratarse de **un bien que se halle en dominio o en condominio**. Entiendo que en caso de tratarse de un **inmueble de titularidad de un tercero, si bien la norma no será operativa** en relación al inmueble que constituye la sede del hogar conyugal, la previsión podría ser aplicable respecto de los muebles indispensables que integran el referido inmueble.

### **CESE:**

ARTÍCULO 523.- Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa:

a) por la muerte de uno de los convivientes;

b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; *Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer de la inscripción de la sentencia"* (art 89 CCyC).

c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; La última hipótesis resulta fácticamente difícil de compatibilizar porque uno de los requisitos son los 2 años de convivencia y ante ello, recién podríamos estar en presencia de una nueva unión luego de que se cumpla dicho período mínimo, por lo que hasta ese momento subsistiría la anterior unión convivencial.

d) por el matrimonio de los convivientes;

e) por mutuo acuerdo; A tal efecto, se admitirán todo tipo de pruebas para demostrar tal acuerdo, pues no se requiere una formalidad específica por parte de la ley.

f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; Cualquier medio de prueba será suficiente para probarla. Lo determinante es que se pruebe que dicha notificación ha sido fehaciente.

g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

con respecto al cuerpo muerto: ARTICULO 61.- Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad

ARTÍCULO 524.- Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

ARTÍCULO 525.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
- b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;
- c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
- f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523..

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES.

### **EFFECTOS DEL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL:**

Luego de la ruptura de la unión convivencial, se contemplan 3 efectos

#### **1. COMPENSACIÓN ECONÓMICA:**

##### **ART 524:**

La prestación compensatoria es un derecho que consiste en reclamar una compensación económica por parte del conviviente que ha sufrido un menoscabo o desequilibrio, como consecuencia del cese de la unión. → Corresponderá aplicar la compensación económica tanto si la ruptura fue unilateral o de común acuerdo.

##### **ALCANCE DE LA APLICACIÓN:**

La compensación económica puede ser solicitada **tanto en las hipótesis de uniones convivenciales registradas como en las uniones convivenciales no registradas.** En consecuencia, corresponderá aplicar las compensaciones **cuando la ruptura se produce en vida de las partes, y cuando el cese deviene por la muerte** de uno de los integrantes de la pareja. Ello lo **diferencia claramente del matrimonio, pues las compensaciones económicas entre cónyuges se hallan previstas solamente cuando la ruptura se produce en vida de los cónyuges.** Entiendo que se consagra, en punto a esta cuestión, **una desigualdad a favor de las uniones convivenciales.**

**Renuncia anticipada** En los pactos de convivencia las partes pueden acordar aspectos que no se encuentran incluidos en el denominado piso mínimo "inderogable". La compensación económica no integra dichas normas indisponibles, por lo que **hay consenso doctrinario en que los convivientes pueden en los pactos de convivencia renunciar anticipadamente a solicitar una eventual compensación económica,** al momento del cese de la unión.

**Crítica Solari: Por el contrario, en tal contexto, el proveedor económico de dicho grupo familiar será quien "imponga" tal renuncia. Decimos imponga porque, dada la desigualdad real de las partes, aun cuando los integrantes de la pareja sean mayores, capaces y firmen tal convenio, aplicar la autonomía de la voluntad significaría convalidar una igualdad formal.**

##### **REQUISITOS:**

1. Se debe demostrar que el cese de la convivencia le originó al conviviente un desequilibrio manifiesto, un empeoramiento de su situación económica.
2. Dicha situación debe tener causa adecuada en la convivencia y su ruptura y no en una situación abstracta.

### **FORMA:**

Puede consistir en:

- una prestación única
- en una renta por tiempo determinado, pero no puede exceder el plazo que haya durado la convivencia
- en dinero con el usufructo de determinados bienes
- de cualquier otra forma que acuerden las partes o que decida el juez. Cuando las partes acuerdan el contenido, forma y demás circunstancias de la compensación económica, la misma se registrará por lo convenido entre ellos
- en cambio, cuando haya desacuerdo en alguno o todos los aspectos derivados de la compensación, será el juez quien deba determinar la procedencia, monto y modalidad.

### **COMPENSACIÓN ECONÓMICA ACORDADA POR LOS CONVIVIENTES:**

Los convivientes podrían, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acordar una compensación económica, sin necesidad de realizar el respectivo juicio de compensación económica. El momento en que pueden hacerlo es en el pacto de convivencia o ya luego de la ruptura de la unión. Si ello sucede, entonces, deberán presentarlo judicialmente para ser homologado, a los fines de su cumplimiento y ejecución. En tal contexto, se registrarán por los aspectos y cláusulas convenidas por las partes.

### **PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA:**

**i) Solicitud de parte interesada.** no puede ser decretada de oficio, pues requiere solicitud de uno de los convivientes, instando la respectiva acción judicial.

**ii) Requisitos sustanciales.** Una vez producida la ruptura de la unión, uno de ellos podrá reclamar una compensación económica al otro, si se cumplen las siguientes condiciones:

1. **Un desequilibrio manifiesto:** debe ser importante, trascendente y relevante. El desequilibrio patrimonial es comprensivo no solamente de los bienes existentes de cada uno de los integrantes de la unión, sino también el potencial profesional o laboral de ellos.
2. **Empeoramiento de la situación de quien lo reclama:** se que uno se ha visto beneficiado y el otro perjudicado con dicha ruptura. Fuera de ello, la compensación económica no cabría si ambas partes han empeorado su situación fáctica,
3. **Existencia de una relación causal adecuada entre el desequilibrio y la ruptura. Que sea a causa de.**

### **PAUTAS PARA FIJAR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA:**

→ art 525

1. **estado patrimonial:** de cada uno de los convivientes al inicio y al fin de la unión.

2. **dedicación a la familia:** dedicación que tuvo y que tendrá cada uno de los convenientes y en particular a la crianza y educación de sus hijos.
3. **edad y estado de salud:** para verificar la posibilidad de obtener trabajo.
4. **capacitación laboral:** posibilidad que cada uno tiene para acceder a un empleo futuro.
5. **colaboración prestada:** en sus actividades mercantiles, industriales o profesionales
6. **atribución de la vivienda familiar a favor de uno de los convivientes**

### **GARANTÍAS PARA SU CUMPLIMIENTO:**

Una vez fijado el monto de la compensación económica y su respectiva forma de pago, podría plantearse la situación de que se otorguen garantías para su debido cumplimiento, tanto cuando fuere acordada por las partes como cuando hubieren sido fijadas judicialmente. En términos generales, no hay una disposición expresa en tal sentido. Entiendo que dichas garantías podrían ser establecidas, tanto a solicitud de parte interesada como impuesta por el juez de oficio, en determinadas circunstancias. Asimismo, dichas garantías podrían estar contempladas en el pacto de convivencia, cuando hubieren previsto una compensación económica.

### **MODIFICACIÓN O MUTABILIDAD DEL MONTO ESTABLECIDO:**

El CCCN, al legislar sobre las compensaciones económicas, no contempla expresamente la posibilidad de modificarlas. A mi entender, teniendo en cuenta el contexto y las particularidades que puedan presentarse cuando estamos en presencia de pagos futuros, y ante un cambio de circunstancias, la modificación podría ser viable. Lo contrario sería desconocer las vicisitudes que ocurran durante la vigencia de la obligación. Un elemental sentido de justicia nos lleva a sostener que, excepcionalmente y sujeta a revisión judicial, podría modificarse la obligación originariamente establecida respecto de las cuotas futuras. Claro que dicha posibilidad debe ser excepcional, cuando se produzcan situaciones extremas que habiliten a ello, y no ante cualquier modificación.

### **PLAZO DE CADUCIDAD:**

Se establece un plazo máximo para iniciar la acción para reclamar la compensación económica; el mismo es de **6 meses** y se cuenta a partir de la finalización de la unión.

**Crítica Solari: Considera que el plazo establecido por la ley merece ser reprochado, por la brevedad de este y por estar muy cercano al cese de la ruptura del vínculo.**

### **2. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA:**

#### **POSIBILIDAD DE PACTAR SU EXCLUSIÓN:**

El derecho a la atribución de la vivienda familiar prevista en el art. 526 podría ser objeto de exclusión, renunciando a este derecho, en el respectivo pacto de convivencia, dado que no constituye el piso mínimo garantizado en el art. 513. En tal sentido, las previsiones que veremos para la protección de la vivienda familiar, luego del cese de la unión, no resultarán aplicables cuando las partes hubieren pactado expresamente su exclusión.

## **ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA POR CESE EN VIDA DE LA UNIÓN ART. 526: HAY DOS HIPÓTESIS:**

- Cuando el bien inmueble es de propiedad de uno de los convivientes
- Cuando el bien inmueble se hallare alquilado por parte de uno de sus integrantes

El derecho a solicitar la atribución de la vivienda familiar **comprende tanto a las uniones convivenciales registradas como a las uniones convivenciales no registradas.**

La atribución de la vivienda familiar **recae sobre el inmueble que ha sido sede del hogar común al momento del cese de la convivencia. No importa el tiempo que haya sido la sede del hogar convivencial.** Si bien la norma no se refiere expresamente a ello, considero que los muebles indispensables deben quedar comprendidos. Ello así, pues el sentido de esta es que el conviviente a quien se le atribuye la vivienda pueda seguir habitando en dicho inmueble, manteniendo las condiciones de "habitabilidad" que tenía durante la unión convivencial.

## **EL USO DEL INMUEBLE QUE FUE SEDE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL PUEDE SER ATRIBUIDO A UNO DE LOS CONVIVIENTES EN ESTOS SUPUESTOS:**

- si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad
- cuando se acredite extrema necesidad de una vivienda e imposibilidad de procurarse de forma inmediata

*- se debe acreditar que el inmueble haya sido sede del hogar común, al momento de producirse la cesación de la unión convivencial y la decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.*

## **PLAZO DE DURACIÓN:**

En principio el juez debe fijar el plazo de la atribución → El plazo de atribución de la vivienda es de **máximo dos años**, después la vivienda vuelve al titular.

**Crítica: porque a este modelo de familia se le impone un plazo y al matrimonio no?, Solari dice que la valla legal del tiempo máximo resulta inconstitucional e inconvencional, porque establece un criterio abstracto, teórico, alejado de la situación fáctica que se presente en el caso concreto. No se protege de modo completo al conviviente.**

Fijación de un canon locativo: La ley contempla la posibilidad de que pueda fijarse una renta como contraprestación por el uso del inmueble por parte del beneficiario. En tal sentido, se indica que el juez puede establecer una "renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda"

En primer lugar, hay que destacar que se exige que sea a petición de parte interesada. Ello significa que no corresponde fijar un canon locativo de manera oficiosa por parte del juez. De ahí que, en principio, el uso de la vivienda familiar, en las condiciones de la norma, se presume gratuito, dado que la eventual contraprestación debe ser pedida por parte interesada.

La ley no establece pautas concretas para la fijación del canon locativo. En tal contexto, debemos preguntarnos si deben regir los parámetros comunes y generales, o si, en cambio,

estamos en presencia de un régimen especial en cuanto al monto que debe fijarse, en razón de que los involucrados integran un grupo familiar. Entiendo que la fijación del monto no puede estar sometida a las normas comunes del mercado y a los parámetros de los montos que rigen en el ámbito de las locaciones urbanas.

Interpretamos que la contraprestación corresponde desde que se efectúa la comunicación fehaciente al otro de la exigencia de la misma. Por lo tanto, esta puede ser extrajudicial o judicial, no requiriéndose una forma determinada. Por caso, bastaría una carta documento en donde se le comunica la solicitud de dicha contraprestación por el uso.

Se contempla la posibilidad de que el juez pueda establecer condiciones al uso del inmueble de que se trata. Siempre, claro está, a solicitud de parte interesada. En efecto, el art. 526 prevé las siguientes: que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. Tales circunstancias que involucra la norma producen efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral

Caso de un inmueble alquilado: Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

### **CESACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR:**

#### **art 455**

- a) Cumplimiento del plazo fijado por el juez
- b) Cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de la fijación; esto deberá ser invocado y probado por el ex conviviente que no se encuentra en el uso del inmueble
- c) Por alguna de las causales de indignidad

### **DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE:**

art. 527

La ley contempla el denominado derecho real de habitación del conviviente supérstite, a modo de **protección de la vivienda familiar**, cuando acaece el cese de la unión convivencial, por muerte de uno de sus integrantes.

Este derecho tiene lugar cuando el cese se produce **por muerte de uno de los convivientes y por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento**.

**Uniones convivenciales incluidas:** el derecho real de habitación del conviviente supérstite, previsto por la ley, resulta aplicable tanto a las uniones convivenciales registradas como a las uniones convivenciales no registradas.

#### **Condiciones y requisitos**

- a) **Fallecimiento** de uno de los convivientes.
- b) El conviviente supérstite debe **carecer de vivienda o bienes suficientes**. Se requiere que el peticionante al momento de la muerte de su conviviente carezca de vivienda propia habitable o, en su defecto, de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta.

Deberá probar ambas circunstancias para que le corresponda dicha vivienda. Por aplicación de ello, si quien solicita no tiene una vivienda propia habitable, pero tiene medios suficientes como para obtenerla, no tendrá derecho a la vivienda familiar en cuestión.

c) Que el **inmueble sea de propiedad del causante**.

d) Que **no se encuentre en condominio**. Tampoco corresponderá si el conviviente prefallecido tuviere el derecho de propiedad, pero en condominio con otra u otras personas. De esta manera, se pretende **proteger los derechos de terceras personas** ajenas a la relación.

e) Que haya sido **sede del hogar común al momento del cese de la convivencia**, haciendo una interpretación integral y armónica del ordenamiento jurídico, en punto a la protección de la vivienda familiar, para garantizar la condición de "habitabilidad", requiere que dichos muebles indispensables que forman parte de la vivienda se encuentren incluidos en la protección.

De esta manera, los herederos de la sucesión del causante no podrán disponer ni retirar dichos muebles indispensables, mientras dure el beneficio.

### **¿El beneficio es de pleno derecho?**

Según los términos utilizado en el art. 527, se indica que el conviviente **"puede invocar", lo que parece que requiere solicitud de parte interesada**. Sin embargo, entre las normas de derechos reales, encontramos lo dispuesto en el art. 1894 que dice:

Se adquieren por mero efecto de la ley...la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

**De acuerdo a ello, se concede al conviviente la adquisición de pleno derecho**. Entiendo que, no obstante la defectuosa redacción, el conviviente supérstite goza del beneficio de pleno derecho, sin necesidad de solicitarlo en la sucesión del causante.

**Gratuidad:** la característica principal del derecho real de habitación consiste en su gratuidad por el tiempo en que se le atribuye el respectivo uso y goce del bien en cuestión. No obstante el carácter gratuito del derecho real de habitación, que goza el conviviente, en su condición de usuario debe hacerse cargo de los gastos comunes y ordinarios del inmueble. En cambio, los gastos extraordinarios y que exceden de aquellos que resultan habituales, serán a cargo de la sucesión .

**Plazo máximo:** En principio, el tiempo de la atribución será fijado por el juez de la causa, teniendo en cuenta las circunstancias y particularidades del caso. Sin embargo, la norma fija un plazo máximo para el beneficio, desde al muerte del causante. **En tal sentido, se fija en dos años**.

Nosotros hemos sostenido, desde siempre, que el plazo máximo de dos años es **inconstitucional e inconveniente, pues desconoce las particularidades que puedan presentarse en aplicación del derecho humano a la vivienda familiar**.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, haciendo lugar a la continuación en el inmueble correspondiente al causante —ex conviviente del beneficiario— por tratarse de un mayor adulto.

**Momento en que empieza a correr el plazo legal:** fuera de ello, dicho plazo máximo establecido por la ley comienza a correr desde el momento de la muerte del causante. Ahora bien, en la hipótesis de cese de la convivencia por el causal de sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, el plazo comienza a correr desde que dicha sentencia queda firme.

**Oponibilidad a terceros:** este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Por lo tanto, resultará fundamental **determinar el carácter solvente o insolvente de la respectiva sucesión del causante, pues los acreedores de la sucesión gozan de privilegio con sus créditos**, pudiendo ejecutar el bien en cuestión. De ahí que a dichos acreedores el derecho real de habitación del conviviente supérstite le resulta inoponible.

**Extinción del derecho:** Sin perjuicio del plazo fijado por el juez para usar y gozar del bien inmueble, se contemplan **casos de extinción del derecho, antes del cumplimiento del plazo establecido.**

**a) Se extingue el derecho si el conviviente inicia una nueva unión convivencial.** Aquí es necesario hacer una distinción, según dicho inicio de una relación de pareja se trate de una unión convivencial registrada o de una unión convivencial no registrada:

**Si inicia una unión convivencial no registrada, entiendo que la hipótesis fáctica no resulta posible**, pues si el plazo máximo del beneficio es de dos años, este nunca podría quedar configurado porque el plazo mínimo de la convivencia exigida por la ley es de dos años. En consecuencia, no resultaría posible que ambas coexistan. La única posibilidad de aplicación de la extinción sería si el conviviente supérstite constituye una unión convivencial registrada antes de los dos años de la muerte del causante.

**b) Se extingue también si el conviviente contrae matrimonio.** Si el conviviente supérstite contrae matrimonio durante el período en que está ejerciendo el derecho real de habitación se configuraría la extinción.

**c) Si adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.** En este caso los terceros interesados en la sucesión del causante, podrían solicitar la extinción del beneficio.

**Renuncia anticipada en un pacto de convivencia** El derecho a la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes **podría ser dejada sin efecto en el respectivo pacto de convivencia, pues no constituye el piso mínimo establecido por la ley.**

**Crítica solari: está en contra de esta posibilidad, Ello así, porque tal protección está fundada en la solidaridad familiar, que debe prevalecer, en estas situaciones, por encima de la autonomía de la voluntad.**

#### **DERECHO REAL DE HABITACIÓN CONTEMPLADO PARA EL MATRIMONIO:**

-la protección opera de pleno derecho, desde la muerte del causante.

-garantiza al cónyuge superviviente a mantenerse en el inmueble que constituyó la sede del hogar conyugal al momento de la muerte del causante. Todo ello, sin perjuicio de la existencia de otros inmuebles o de la capacidad económica que pudiere tener para adquirir una vivienda

-goza de tal derecho en forma vitalicia.

-no tiene previstas causales de extinción.

-derecho que no es susceptible de exclusión, mediante un pacto previo de los cónyuges.

### **DERECHO REAL DE HABITACIÓN CONTEMPLADO PARA UNIONES CONVIVENCIALES**

-El derecho debe ser peticionado por el conviviente superviviente. sin perjuicio de la adquisición consagrada en el art. 1894

-requiere que el conviviente superviviente carezca de vivienda propia habitable y de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta

-tiene fijado un plazo máximo de dos años, pudiendo ser un período menor.

-cesa ante 3 causales.

-Puede ser pactada la exclusión en el pacto de convivencia

### **3. DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES:**

**Art. 528:** “A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia **se mantienen en el patrimonio al que ingresaron**, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”

De esta manera, el Código Civil y Comercial mantiene el criterio proveniente del Código de Vélez, y avalado por la interpretación jurisprudencial de las distintas épocas, que no alcanza a configurar una sociedad de hecho entre convivientes la natural, normal, simple y mera colaboración o ayuda derivadas de la convivencia.

***Nuestra postura.* El error consiste en creer, en el estado actual de la sociedad, que el matrimonio constituye la única forma de familia que origina efectos jurídicos en relación a los bienes. Puede señalarse que la diferencia sociológica no ha de encontrarse en el hecho de que quienes se casan, necesariamente, quieren compartir los bienes (el ejemplo lo constituye la opción por el régimen de separación de bienes), mientras que los que conviven en pareja excluyan toda idea de compartir las adquisiciones de los bienes efectuadas durante la vida en común.**

La diferencia debe buscarse en que se trata de dos modelos familiares que, por distintas circunstancias y factores, se constituyen y desarrollan en una comunidad. **Lo cierto es que las partes, cuando de hecho conviven, trabajan conjuntamente, manteniendo el hogar y cuando existen hijos, se ocupan de la crianza y educación de ellos. Aúnan esfuerzos y sacrificios en lo espiritual y patrimonial.**

En el matrimonio no resulta contradictorio que haya un régimen presumido de comunidad de ganancias y otro optativo de separación de bienes. Luego, en las uniones convivenciales directamente se omite toda presunción en lo patrimonial, como si ello fuera contradictorio con la autonomía de la voluntad de las partes. **La autonomía de la voluntad quedaría resguardada**, dando la posibilidad de que, respecto de los bienes adquiridos, no haya ninguna consecuencia legal. Tal criterio significaría presumir, normalmente, la idea del esfuerzo

común en lo patrimonial; y, **ante la voluntad expresa de los convivientes, hacer cesar dicha "affectio" en lo patrimonial.**

### **APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES:**

**art. 528:** La convivencia no hace nacer ninguna presunción respecto de los bienes adquiridos, pero se establece que estos estarán regidos por los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

Históricamente, en nuestra legislación, ante la ausencia de normas en lo patrimonial, se ha recurrido a otras figuras jurídicas para que se apliquen analógicamente, respecto de los bienes adquiridos. Ello significa alegar y probar cada uno de los requisitos exigidos para tales figuras, a los fines de pretender su configuración. En tal sentido, la jurisprudencia ha sido exigente en la aplicación de aquellas, pudiéndose decir que, en general, ha prevalecido el criterio de no otorgarle consecuencias jurídicas patrimoniales a las uniones convivenciales.

Veamos por separado las distintas figuras jurídicas que han utilizado los miembros de una pareja, para encauzar sus relaciones patrimoniales, derivadas de la convivencia.

**a) Sociedad de hecho.** Hoy llamada persona jurídica no constituida regularmente: uno de los integrantes de la unión alega que dichos bienes adquiridos durante la normal convivencia ha sido consecuencia del esfuerzo común, habiendo participado ambos en la adquisición de este.

No obstante, la jurisprudencia, siguiendo los lineamientos del derecho de fondo, ha entendido que, si se pretende aplicar entre ellos esta figura, deberán probarse como cualquier otra situación, no siendo prueba suficiente de ello la mera convivencia en la relación de pareja. La dificultad probatoria parece clara, dado que los convivientes no pre-constituyen pruebas entre ellos, al momento de producirse tales adquisiciones. De ahí que, en general la jurisprudencia registra rechazos sistemáticos en tales procesos judiciales.

**b) Enriquecimiento sin causa.** Su escasa recepción jurisprudencial está emparentada a la idea de que la mera convivencia de dos personas en relación de pareja, sin haber contraído matrimonio, no implica una voluntad de participar en las adquisiciones de bienes realizadas durante la convivencia.

La relevancia del enriquecimiento sin causa ha sido destacada por algún fallo, al **sostener que el aporte de la teoría del enriquecimiento sin causa debería ser fecundo para el problema de las relaciones económicas derivadas de la convivencia.**

En general, la jurisprudencia ha encontrado en el enriquecimiento sin causa la vía adecuada para encauzar las divergencias patrimoniales entre convivientes. Ello así, por no haber podido probar y, por lo tanto, encuadrarse en otras figuras jurídicas, pretendidas por las partes, tales como la sociedad de hecho o la comunidad de bienes e intereses.

En definitiva, entiendo que la teoría del enriquecimiento sin causa debería tener una mayor amplitud y flexibilidad en estas cuestiones. La convivencia en relación de pareja conlleva el esfuerzo común de los integrantes de la unión, por lo que el esfuerzo común no debe reducirse a probar solamente un aporte en sentido económico y material, como a veces se pretende interpretar, para negar consecuencias jurídicas a dichas uniones.

**c) Condominio.** La invocación del derecho al condominio también ha sido un recurso utilizado en la práctica judicial por parte de alguno de los miembros de la pareja. Se presenta

en situaciones en las que, **si bien la titularidad del bien se encuentra bajo el derecho real de dominio de uno de ellos, el conviviente del titular registral pretende que se le reconozca la copropiedad** del bien, alegando que este ha sido adquirido por ambos miembros de la pareja.

### **MATRIMONIO PRECEDIDO DE UNA CONVIVENCIA:**

Podría darse la situación de que las partes, luego de haber estado conviviendo en relación de pareja, se casen. En tal hipótesis, si el matrimonio está precedido de una unión convivencial no tendrán ninguna incidencia los años que hubieren convivido, por prolongado que hubiere sido el plazo, respecto de los bienes adquiridos con anterioridad. Por lo tanto, hasta la celebración del matrimonio, todos los bienes que hubieren adquirido no originan ningún derecho sobre los bienes que su cónyuge haya incorporado durante la convivencia, anterior al matrimonio.

### **EFFECTOS:**

**Inexistencia de obligación alimentaria cesada la convivencia:** Entre las normas no se hallan contempladas las relativas a la prestación alimentaria, tanto durante la convivencia como luego de su ruptura. Agréguese que en las Uniones Convivenciales se efectúan remisiones expresas a la institución matrimonial cuando refiere a la contribución de los gastos del hogar, pero no dice nada sobre los alimentos derivados de la convivencia.

**Haciendo una interpretación flexible, podemos decir que, en el régimen legal previsto para las Uniones Convivenciales, solamente se contempla la prestación alimentaria para los convivientes mientras dura la normal convivencia. Todo ello, en aplicación del genérico deber de asistencia. En cambio, luego de cesada, entre sus efectos, no se prevé la posibilidad** de que uno de los convivientes reclame alimentos a su ex conviviente.

Considero que la **solidaridad familiar** ante la falta de medios y la imposibilidad de procurárselos por sí mismos una vez cesada la convivencia debe tener su reconocimiento por parte de la ley. **Esta omisión de un derecho humano básico derivada de una relación de familia nos permite sostener la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la solución legal**, por omisión, y otorgar —por analogía— a los convivientes el derecho alimentario previsto para los cónyuges divorciados.

No queda desvirtuado lo anterior por la circunstancia de que se reconozca la posibilidad a los ex convivientes de exigirse las denominadas **compensaciones económicas, pues ellas tienen una naturaleza distinta de la prestación alimentaria y que no deben confundirse. En todo caso —como se establece en el matrimonio— no podrán superponerse ambas,** debiendo elegir una u otra.

**Desde esta perspectiva crítica de la solución legal, la jurisprudencia, en un par de precedentes:** haciendo una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, de conformidad con lo establecido en los arts. 1 y 2 CCyC, ha otorgado alimentos a la conviviente luego del cese de la unión convivencial, aplicando por analogía los alimentos derivados del divorcio

### **FALLO LOMAS DE ZAMORA. SENTENCIA QUE TRANSFORMA UNA DEMANDA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN UNA DE ALIMENTOS DE TODA NECESIDAD:**

Principio de solidaridad familiar. Ex Conviviente que sufre una enfermedad terminal. Medida cautelar procedente.

*Atento a la máxima iura novit curia y un análisis sistémico e integral del ordenamiento jurídico y a fin de lograr una solución justa, razonada y justificada, debe aplicarse analógica y cautelarmente el art. 434, referido a los alimentos previstos para el cónyuge enfermo al instituto de las uniones convivenciales, en este caso concreto —ex conviviente enferma—, a efectos de no dejarla en desamparo, ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad que merece una justa tutela. No cabe abandonar a su suerte al exconviviente con el que se ha compartido un proyecto de vida, y forjado lazos familiares, cuando, cesada la convivencia, este atraviesa una situación crítica.*

**No es posible admitir un tratamiento disímil frente a la situación de necesidad y enfermedad de un exconviviente únicamente por no haber optado oportunamente por un modelo de familia basado en el matrimonio.**

*Deviene contrario a los principios constitucionales e internacionales darle un tratamiento diferenciado al cónyuge enfermo respecto al conviviente enfermo, cuando de proveerle los alimentos en un estado de enfermedad se trate. Pues la obtención de prestación alimentaria es un derecho humano básico fundamental.*

*La compensación económica tiene una finalidad distinta de la cautela que aquí se pretende. El objetivo de la compensación económica no es lograr proveer los alimentos para el sostenimiento en caso de enfermedad grave, sino que persigue actuar como un mecanismo corrector para atenuar injustas desigualdades que se originaron con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, con norte en que quien se haya visto perjudicado pueda llevar adelante una vida autónoma. Claramente, la compensación económica no tiene un contenido asistencial, lo que sí sucede con la prestación alimentaria.*

**Solari sobre el fallo: La herramienta conferida por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. permite más fácilmente efectuar el cuestionamiento antes señalado, sin tener que recurrir, formalmente, a la declaración de inconstitucionalidad, como último recurso. De todas formas, la interpretación integral del ordenamiento jurídico exhibe y evidencia la precariedad de los derechos concedidos en el Código de fondo a los convivientes, en las denominadas uniones convivenciales, en tanto modelo de familia**

## FILIACIÓN

**Aspectos generales. Reglas Generales para las Técnicas de Reproducción humana asistida. Gestación por sustitución.**

### FILIACIÓN:

#### CONCEPTO:

**Aclaraciones terminológicas:** cuando las leyes, la jurisprudencia y la doctrina mencionan el término "filiación", sin otro aditamento, se entiende solo a la filiación por naturaleza, matrimonial y extramatrimonial. En cambio, se reserva el término de "adopción" para referirse al vínculo nacido por una sentencia judicial que otorga la respectiva adopción.

Sin embargo, hay que destacar que **tanto una como otra constituyen técnicamente "filiaciones"**, pues el género comprende tanto la filiación natural como la filiación adoptiva. **Agréguese, ahora, la filiación nacida por técnicas de reproducción humana asistida, que constituye una nueva especie del género "filiación".**

**Sobre el término Progenitor.** el CCCN usa el término "progenitores". **SOLARI: dice que parece desacertado, pues dicha expresión, tanto técnica como sociológicamente hace referencia a un vínculo biológico, contrario a los criterios actuales en la filiación, en donde el vínculo se halla sustentado no solamente en lo biológico, sino también en la voluntad procreacional, además del vínculo adoptivo que ya aceptaba nuestra legislación. Más allá de las preferencias terminológicas, entonces, hay que destacar que, cuando el Código hace referencia a "progenitores", refiere a quienes tienen un vínculo paterno-filial establecido por la ley.**

La filiación puede definirse como el vínculo jurídico existente entre las partes, unidas entre sí por relaciones paterno-filiales, ya sea por naturaleza, por reproducción humana asistida o por adopción.

### **TIPOS DE FILIACIÓN:**

→ art 558 (Tres fuentes posibles)

**Por naturaleza:** la causa fuente es la identidad biológico-genética.

**Por adopción:** la causa fuente es la sentencia judicial del juicio de adopción.

**Por TRHA:** la causa fuente es la voluntad de procrear.

Hay **igualdad de efectos**, cualquiera sea la fuente de la filiación, estas se equiparan sin establecer privilegios a una u otra.

### **ANTECEDENTES:**

1. En el Código de Vélez sólo se regulaba la fuente de **filiación por naturaleza**.
2. Gracias a la evolución social llega la **adopción**.
3. En la última década llegaron las **TRHA** con el avance de las tecnología y la ciencia.

### **VÍNCULOS FILIALES:**

**Ninguna persona puede tener más de 2 vínculos filiales, pero sí puede tener 1 solo.**

**Solari crítica: esta medida es una regresividad de derechos, debería contemplarse la posibilidad de que se tengan 3 vínculos filiales en las TRHA→ para acceder a esta posibilidad de reconocimiento de derechos, deberá recurrirse necesariamente a la vía judicial, por lo tanto considera que se debería declarar inconstitucional.**

El binomio no ha sido cuestionado en el nuevo sistema legal. Por el contrario se consagra expresamente la prohibición de una triple filiación.

-Esto no hace más que avalar el viejo modelo familiar que viene del código velezano.

-Regla absoluta de biparentalidad, imposible que exista vínculo filial entre 3 personas.

-Estamos ante regresividad de derechos, Pues en el orden interno ahora queda vedada expresamente tal posibilidad necesariamente deberá recurrirse a la vía judicial para obtener eventualmente una autorización para tales reconocimientos previa declaración de inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 558. **No creo que puedan invocarse razones válidas en miras a un interés general o una norma de orden público para prohibir tal posibilidad por el contrario visto desde el punto de vista de los derechos del niño y el principio general del interés Superior y eje en todas las decisiones que lo involucran tal situación significaría un Plus a su favor porque reflejaría su verdadera identidad biológica súmese a ello la voluntad de unánime de las partes que intervienen en aquella**

### **CERTIFICADOS DE NACIMIENTO:**

→ art 559

**No se puede hacer referencia a la fuente de filiación en el certificado de nacimiento.**

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

### **FILIACIÓN POR TRHA:**

Podría decirse que con las normas previstas en este Código, se ha avanzado respecto del régimen del Código Civil derogado, que no contenía disposiciones al respecto. Sin embargo, ello resulta incompleto, habiéndose perdido la oportunidad para contemplar un régimen legal específico

### **ACCESO A LAS TÉCNICAS:**

**El recurso a las técnicas de reproducción humana asistida en el proceso reproductivo es abierto**→ pueden acceder tanto las personas solas como casadas, los integrantes del matrimonios como de las uniones convivenciales, las uniones de personas del mismo sexo como de distintos sexo.

### **DISPOSICIONES COMUNES PARA LAS TRHA:**

#### **1. CONSENTIMIENTO**→ art 560 y 561

Cuando se recurra a las técnicas de reproducción humana asistida se establece que **El centro de salud interviniente tendrá que recabar el CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO de la o las personas que recurren a ella.**

- Estos tres aspectos constituyen la esencia para la validez del acto y evitan su eventual cuestionamiento por parte de quienes recurren a este tipo de técnicas.

#### **Consentimiento “casero”**

Debemos preguntarnos qué sucede en situaciones en las se recurre a las TRHA en forma "casera", esto es, sin recurrir a los mecanismos legales establecidos. En tal sentido, la justicia se ha pronunciado diciendo que el Registro de CABA debía completar de manera provisoria la inscripción igualitaria de la comaternidad del hijo de las actonas, que fue concebido utilizando el método de inseminación asistida realizada en el hogar de gametos masculinos de un donante; pues, **si bien estas no recurrieron a un centro de salud, el consentimiento libre, previo e informado requerido por la ley, ha sido formalizado con la declaración prestada ante escribano público por aquella que no dio a luz al niño, mediante la cual se expresa en carácter de declaración jurada su respectiva voluntad procreacional respecto del embrión gestado.**

#### **Renovación del consentimiento**

Dicho consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. → no servirá el consentimiento inicial o anterior cuando se proceda a la utilización de tales gametos o embriones. Se requiere voluntad recreacional actual.

### **Formas y Requisitos : 561**

**La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales para su posterior:**

1. protocolización ante escribano público o en su defecto la...
2. certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

### **Revocación del consentimiento: 561**

El consentimiento inicial no será definitivo, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Hasta tanto ello no ocurra, la persona que recurrió a este tipo de técnicas podrá válidamente revocar su consentimiento y dejar sin efecto el anterior.

### **Determinación de la maternidad**

Es el consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscrito en el Registro Civil, el que permite la determinación de la maternidad en los casos de las TRA.

## **2. VOLUNTAD PROCREACIONAL → art 562**

Artículo 562. Voluntad procreacional: Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

En términos jurisprudenciales, se ha dicho que en las TRHA es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno. Dicho emplazamiento, originado por la voluntad procreacional puede ser de un hombre o de una mujer. No habrá, ciertamente, vínculo legal entre el nacido con la persona que hubiere aportado los gametos.

### **Situación de la persona gestante en los casos de gestación por subrogación:**

El 562 no contempla esta situación. De esta manera, la persona gestante que dé a luz será quien debe asumir el emplazamiento filial, con lo que queda cerrada la posibilidad de que dicha persona que es un tercero en la relación en tanto gestante no puede recurrir a la gestación por sustitución.

De ahí que la jurisprudencia en forma recurrente ya sea por vía de los arts. 1 y 2 del CCCN, o declarando formalmente la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562, se pronuncia a favor de la gestación de sustitución, determinando que el vínculo filial respecto del nacido de tales prácticas tendrá como progenitores a quienes hubieren manifestado su voluntad procreacional y no la persona gestante, que dio a luz. La línea argumental utilizada por la jurisprudencia, para hacer lugar a la gestación por sustitución, es que en el derecho interno no hay disposición que expresamente prohibida tal posibilidad; de ahí que, por aplicación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, todo lo que no está prohibido está permitido. (*Caso J Familia N\* 7, Lomas de Zamora*)

Ahora bien, originariamente, los planteos judiciales se producían cuando la persona ya había nacido o bien, antes de nacer, durante el embarazo. Luego, se utilizó la práctica de solicitar previamente la autorización para recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida

mediante la gestación por sustitución. De tal modo que, al ponerse en marcha el mecanismo, exista previsibilidad para las partes al momento del nacimiento y, en consecuencia, la persona nacida tenga como progenitores solamente a quienes han manifestado su voluntad procreacional, quedando excluida de la relación filial la persona gestante, es decir, aquella que ha dado a luz en dicho parto. En consecuencia, el obstáculo legal del art. 562 quedaría removido y podría ser inscripto sin que la persona gestante intervenga en el vínculo filial.

No obstante, en algún precedente se determinó que, si bien se postula como la solicitud de una autorización judicial para la realización de una práctica de fecundación asistida, en realidad tiene como objeto que se determine quién es la madre de quien nacerá en un caso de maternidad subrogada, la acción era prematura e improponible, puesto que el niño no ha sido siquiera concebido. (*Caso Juzgado de Familia, N° 3, San Martín.*)

### **3. DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS NACIDAS POR TRHA → arts 563 y 564**

#### **Legajo base**

Debe haber un legajo base que contenga la información relativa a la persona que ha nacido por el uso de TRHA **para la inscripción del nacimiento.** → Esto no es la partida de nacimiento, solo lo tiene el centro de salud.

“ La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.”

Este recaudo garantiza el derecho a la identidad del sujeto en cuanto a la determinación del origen y realidad biológica que no puede ser suprimido por el derecho interno

#### **Contenido de la información (464)**

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

**Normas transitorias.** La ley aprobatoria del CCCC, en su **art. 9** dispuso como norma transitoria, la siguiente: **Los nacidos antes de la entrada en vigencia del CCCN por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.**

#### **Gestación por sustitución no está legislada**

Uno de los aspectos que mayores conflictos generan las TRHA, es lo atinente a la gestación por sustitución. Adviértase que, en tales circunstancias, la gestante no pretende asumir la filiación del niño o niña nacido por aquel.

Legislativamente se optó por una postura abstencionista, omitir toda regulación al respecto, guardando silencio sobre esta. Este escenario parece ser desafortunado, pues genera una incertidumbre acerca de los aspectos que ella involucra, dependiendo de la casuística del caso.

El Proyecto originario del Código había previsto la incorporación de la gestación por sustitución. Finalmente, en el texto final se suprimió la referida figura.

## **Jurisprudencia:**

### ***GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Casos de Impugnación de Maternidad***

*“B.M.A c/ F.C.C.R”- Cámara de Apelaciones en los Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos 19 de noviembre de 2013*

-Un Matrimonio mediante el aporte de óvulos y espermatozoides respectivamente, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte del útero perteneciente a la demandada, nació el niño cuya filiación se cuestiona.

-El elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional, siendo a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los actores, y no así de la gestante.

-Cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del CCiv., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación.

-Existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello; así, mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla.

-Ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes en el procedimiento de maternidad subrogada, merece otorgarse preeminencia a principios como el interés superior del niño, el derecho a la identidad, a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia y la voluntad procreacional.

### ***“C.F.A y otro c/ R.S.M.L s/ impugnación de maternidad” Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 102. 18 de Mayo de 2015.***

-Corresponde admitir la demanda de impugnación de maternidad, debiendo desplazarse del estado de madre a la actora, atento el nexo biológico que los une con la menor acreditado con el estudio de ADN que acompañan, por haber tenido lugar la fecundación extracorporal y el implante del embrión en el cuerpo de la demandada, quien libre y espontáneamente colaboró en la gestación por sustitución de la recién nacida, siendo la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio actor coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino, esto es, su correspondencia con la identidad biológica, tal como indican los Ministerios Públicos en sus dictámenes favorables.

-Resulta procedente acceder a la demanda de impugnación de maternidad entablada valorando principalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, respecto de quienes han asumido y ejercen la responsabilidad parental desde su nacimiento, así como la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN en especial el interés superior de la menor que debe prevalecer, a quien se deberá hacer saber, en cuanto sea oportuno, el contenido del proceso.

***“N.N.O s/inscripción de nacimiento”. Juzgado Nacional de primera instancia en los civil sala/juzgado 83. 25 de Junio de 2015.***

-Corresponde admitir la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores toda vez que, si bien el nacimiento ocurrió utilizándose la técnica procreacional de maternidad subrogada, cabe otorgarle preeminencia a los principios involucrados, tales como el interés superior del niño, el Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia.

-Se admite la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores por aplicación de las disposiciones del art. 17 punto 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 2 de la Convención sobre los derechos del Niño, toda vez que existe conformidad de todos los involucrados (padres biológicos y de la mujer a quien le implantaran el embrión) y los Ministerios; y más aun siendo que la niña ha sido cobijada en la familia desde el momento mismo de su nacimiento integrada por sus padres biológicos y su hermano.

-Puesto que del Acuerdo de Voluntades Maternidad Subrogada celebrado entre las partes, surge que la mujer aceptó la implantación del embrión, para su posterior gestación en su cuerpo, pero no asumiendo que el niño que fuera a dar a luz, como hijo; y siendo que ante la falta de legislación vigente, es un deber del juzgador permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes, corresponde la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores.

-Toda vez que el Código Civil y Comercial (Ley n° 26.994), prevé conforme surge del art. 558, que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción, corresponde ponderar este nuevo ordenamiento legal a fin de resolver la inscripción del nacimiento de la niña que ocurriera con la técnica procreacional de maternidad subrogada, pues la nueva normativa incorpora tal fuente de filiación nueva.

-Siendo que las disposiciones del art. 560 y ss. del CCyC (ley n° 26.994) establecen las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y que debe existir exteriorización mediante el consentimiento previo, informado y libre, ante la conformidad de los involucrados, corresponde admitir la inscripción del nacimiento de la niña como hija de los actores.

***“C.M.E y J.R.M. s/ inscripción de nacimiento”. Juzgado de primera instancia de Familia de Mendoza 15 de Diciembre de 2015.***

-Corresponde acceder a la demanda entablada e inscribir a los tres menores recién nacidos como hijos de los actores, por haber tenido lugar la fecundación extracorporal y el implante de los embriones en el cuerpo de la madre de la actora, valorando fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de la pareja de convertirse en padres de los niños, la correspondencia biológica de los nacidos respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN y al principio de correspondencia de la realidad biológica, sin que obste a ello, la circunstancia que la gestante estuviere casada, estando obligados los peticionantes a hacer conocer oportunamente a sus hijos, su realidad gestacional.

-El elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada voluntad procreacional, importando la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior, este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, carece de esa voluntad, por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el desear ser la madre del nacido.

-El elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o

genéticos), pueden ser sustituidos, siendo insustituible, el acto de voluntad de una pareja, casada o no -excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola-, y sólo de ella, ya que el hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido, los demás protagonistas no son verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión.

-La maternidad y la paternidad hoy pueden dejar de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socioafectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional, consecuentemente, si bien las TRHA son generalmente utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio, el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo, la voluntad procreacional.

***“B.MA. c/ F.C.C.R s/R. Ordinario”. Juzgado de Familia de Gualeguay. 19 de Noviembre de 2013.***

-Una pareja mediante el aporte de óvulos y espermatozoides de ambos, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte de un útero de la Sra. C. R. F. C., nació el niño T. N.

- La Sra. M. A. B., promueve demanda de impugnación de filiación contra la Srta. C. R. F. de C., de nacionalidad Peruana, con residencia en la ciudad de Gualeguay, Entre Ríos, por no ser ésta última la madre biológica o genética del hijo que pasa legalmente a ser suyo.

- La pareja intentó por todos los medios posibles que la Sra. B. pueda llevar adelante un embarazo, y que logrado (en el mes de julio del año 2005), el mismo se frustró y como consecuencia de ello padeció una hemorragia que casi la deja sin vida y que por lo tanto tuvieron los galenos que extirparle el útero, pero conservaba intacto la producción de óvulos.

- La demandada Sra. F. C., a través de su apoderado expreso que: "mi representada nunca deseó al pequeño niño T. para sí, se siente feliz de haber ayudado a la familia de la actora, a tener su tan deseado y querido hijo, es decir que desde el primer momento en que mi poderdante decidió colaborar con la familia N., no dudó que eran ellos, los que se encargarían de la crianza del niño, y tuvo en claro que ellos, eran su familia, que ése era su hogar".

- El Juez entiende que no habrá de rechazarse la petición impetrada, ello así porque negar situaciones y/o metodologías que se implementan desde hace ya varios años en el medio social, sería una negación vanal, porque en nada solucionaría los problemas de los justiciables que recurren a esta instancia ante el vacío legislativo existente.

- Cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del C.Civ., ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño habido de tal gestación.

- El elemento prioritario en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como es el caso de T., es la voluntad procreacional y es a todas luces evidente y comprobada la misma por parte de los Sres. M. A. B. y H. E. N. en estos autos, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante.-

***Jurisprudencia Gestación por Sustitución Acciones preventivas***

*“X.X.X y otra s/autorización judicial” Tribunal colegiado de Familia 7º nominación. Rosario. 2 de Diciembre de 2014.*

- Un matrimonio intentó concebir un hijo, pero la mujer tenía un antecedente de endometriosis y recurre a la consulta con varios centros médicos en fertilidad y no logra prosperar la gestación, con interrupción del mismo de manera constante, consultan a los médicos y allí le confirman que debe someterse a un procedimiento de extracción de útero, lo que impacta directamente en los planes y proyecto de vida familiar.

- La pareja tenían embriones criopreservados. Conocen a otra pareja que al contarse su situación, la mujer decide prestarle su útero y se ofrece para gestar al hijo del matrimonio.
- Entonces la pareja pretende solicitar la autorización para la transferencia embrionaria y además una vez nacido el niño que sea registrado en el acta de nacimiento a nombre de los comitentes.
- Se solicita la autorización para la transferencia embrionaria contemplando el artículo proyectado del código civil y comercial antes de ser eliminado.
- Al estar vigente el Código de Vélez, se busca una fuente argumentativa lo más contundente posible para hacer lugar a la petición. Para ello se recurre a los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y se menciona el Fallo “Artavia Murillo”.
- “Es posible apelar al derecho humano a la voluntad procreacional y al consecuente acceso integral a los beneficios del progreso médico, científico y tecnológico” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XIII; Protocolo de San Salvador, art. 14.1 b. y Constitución Nacional, art. 19) que brinden la posibilidad de remover los obstáculos impuestos por la naturaleza, sin ningún tipo de discriminación (art. 24, CADH).

### **Derecho a la identidad**

**Solari dice que no debe ser justificado el acceso a la información del niño sino que debe ser libre con relación al derecho a la identidad. → El derecho a la identidad es un derecho fundamental que siempre debe ser protegido.**

- el derecho a la identidad del sujeto, en cuanto a la determinación del origen y realidad biológica, no puede ser suprimido por el derecho interno, en cumplimiento de elementales derechos de toda persona, garantizados constitucionalmente.

### **FILIACIÓN POST MORTEM**

**Determinación de la maternidad. Inscripción del nacido en casos de GS. Determinación de la filiación matrimonial. Reconocimiento y Multiparentalidad.**

#### **FILIACIÓN POST MORTEM:**

Otra de las cuestiones que suscita conflicto es lo relativo a la utilización del material genético de una persona ya fallecida, en punto a si este crea un vínculo filial con el nacido de tales prácticas con la persona prefallecida.

En la versión final del CCCN quedó sustituido el tratamiento de la filiación post mortem, desconociéndose las situaciones de hecho que podían presentarse en derredor de aquella.

Las posibles hipótesis de filiación post mortem son tres:

- Cuando la mujer se insemina artificialmente con material genético perteneciente a su pareja (cónyuge o conviviente que fallece durante el proceso de fertilización)
- Cuando la mujer se implanta un embrión crio conservado, con la conformidad de su pareja (cónyuge o conviviente que fallece durante el proceso de fertilización);
- Cuando se produce el fallecimiento del cónyuge o conviviente y su pareja solicita la extracción de material genético para su correspondiente fecundación.

Una de las situaciones derivadas de la filiación post mortem ya había sido planteada en el ámbito judicial, en vigencia del Código velezano, en un precedente donde tuvo que resolverse tal situación.

#### **JURISPRUDENCIA:**

***(Tribunal de Familia de Morón, junio de 2012)***

A fines del año 2010 dieron el consentimiento para crio-preservar material genético para un posterior implante. En ese mismo año se diagnosticó a su cónyuge un cáncer que le provocó la muerte en marzo de 2011. Dice, en su presentación, que el Centro de Fertilización le exige autorización judicial para seguir el tratamiento.

La justicia entendió que ante la circunstancia de que el esposo de quien solicita autorización para someterse a un tratamiento de fertilización asistida prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia que su propia dolencia requería, hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en una institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización, y tal conformidad se mantuvo por los nueve meses que el esposo sobrevivió, resulta procedente recurrir a la figura del consentimiento presunto y autorizar el tratamiento de fertilización asistida solicitado, puesto que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo, sino que sus familiares directos confirmaron que era deseo del fallecido ser padre.

Ya en vigencia del nuevo código civil y comercial, la jurisprudencia también tuvo que pronunciarse al respecto, aun ante la ausencia de norma específica al respecto.

***(CNCiv., sala B, 3/4/2018, "D.,M:H. y otros", DFyP, septiembre de 2018,)***

De acuerdo a un criterio jurisprudencial —rígido—, no ha convalidado el consentimiento presumido post mortem. En efecto, determinó que si no existe un instrumento donde quede expresa de manifiesto de voluntad libremente expresada de la persona fallecida para la utilización de sus gametos post mortem en un tratamiento de fertilización asistida, no resulta razonable presumir su "consentimiento tácito", en tal sentido en la medida en que el legislador nada ha dicho al respecto.

Se alegó que la posibilidad de utilizar y transferir gametos masculinos queda enmarcada en el ámbito de los derechos y actos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana, por lo que el consentimiento a tales fines no puede presumirse

***(Juzgado Nacional Civil "N.O.C.P.", RDF 2016-IV-175, Abeledo Perrot, agosto de 2016.)***

En cambio, otro criterio jurisprudencial mayoritario —más flexible— ha permitido la posibilidad de crear vínculo jurídico entre las partes. En esta línea, se ha autorizado la realización de la practica.

Se fundamentó diciéndose que frente a la obligación del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, adquiere preeminencia el principio de derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Lo cual lleva a concluir que la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y con los elementos aportados es posible tener por acreditado que el causante —quien fuera pareja de la actora al momento de producirse el fallecimiento— tenía la voluntad firme de ser padre, deseo que se vio frustrado imprevistamente por el terrible accidente en el que perdió la vida.

Por ahora, la jurisprudencia tendrá que seguir resolviendo los aspectos y cuestiones derivados, ante la omisión por parte del legislador de contemplar la referida figura.

**EL ART. 19 DEL CCCN TITULADO COMIENZO DE LA EXISTENCIA, DICE: "LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA COMIENZA CON LA CONCEPCIÓN":**

A su vez, la ley 26.994, aprobatoria del CCCN, en su art. 9, dispuso como norma transitoria: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial".

El embrión humano, aun cuando debe tener una protección especial, merece un tratamiento diferenciado, que no puede ser ni el de una persona ni el de una cosa. Debe revestir una categoría especial.

El texto propuesto originariamente en el art. 19 del Proyecto de CCCN era adecuado, porque diferenciaba tales situaciones. Ello coincide con la doctrina emergente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", En tal sentido, se establece que por "concepción" debe entenderse "implantación". De ahí que el embrión no implantado no tiene el carácter de "persona". En efecto, La Corte Interamericana considera que es procedente definir cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas.

Por ello, el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Lo cual permite sostener que la protección de la condición de persona comienza con el respectivo "implante". De ahí que el contenido del art. 19 del Código Civil y Comercial resulta discordante con lo preceptuado en la ley 26.862, en punto a esta cuestión. Convivirán dos criterios opuestos en tal sentido.

## **DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD E INSCRIPCIÓN DE LA MATERNIDAD ART. 565:**

### **FILIACIÓN POR NATURALEZA**

En la filiación por naturaleza, la maternidad se determina con:

- 1. la prueba del nacimiento**
- 2. la identidad del nacido**

En tal sentido, la determinación de la maternidad por naturaleza se funda y **se sostiene en el hecho del parto.**}

### **INSCRIPCIÓN**

La inscripción de la maternidad tiene lugar aun en contra de la voluntad de la madre, produciéndose el emplazamiento en el vínculo filial. La inscripción puede ser realizada por cualquier persona que presente un certificado del médico, obstétrica o agente de salud, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido.

### **INSCRIPCIÓN DE LA MATERNIDAD EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

Un menor nacido mediante el uso de las técnicas de subrogación de vientre debe ser inscrito como hijo de quienes aportaron el material genético para su concepción y debe valorarse fundamentalmente la voluntad procreacional de los padres.

- Las partes necesariamente deben ir a la justicia para obtener una sentencia que ordene la inscripción registral del nacido.

En tal contexto, como consecuencia de lo prescripto en el art. 562 **las partes deben, necesariamente, recurrir a la justicia para obtener una sentencia que ordene la inscripción registral del nacido estableciendo el vínculo filial solamente a los que manifestaron la voluntad procreacional y no generar vínculo filiatorio con la gestante.**

En el derecho argentino, los primeros casos judicializados se hacían una vez ya nacido el niño o la niña, pretendiéndose el cambio de la respectiva partida de nacimiento. También se registran planteos judiciales durante el embarazo, es decir, habiéndose puesto en marcha las

técnicas, pero antes de nacer el concebido. Finalmente, en épocas más recientes, se advierte una judicialización antes de iniciarse con las prácticas, en forma preventiva, a los fines de que, una vez obtenida la sentencia favorable, se comience con el procedimiento respectivo.

**Esta última situación evita la incertidumbre, una vez nacida la persona como consecuencia de tales prácticas, dado que los progenitores que han recurrido a esta ya saben que asumirán el vínculo filial y, a la vez, la gestante quedará excluida de dicha relación filial.**

### **NOTIFICACIÓN**

La notificación **solo tiene una finalidad de publicidad**, de hacer saber a la madre del emplazamiento producido

- Si la inscripción la hizo la propia madre o su cónyuge, el Registro Civil no deberá notificar la respectiva inscripción de la maternidad

-Si cualquier otra persona realizó la inscripción, debe ser notificada.

### **CAMBIO DE IDENTIDAD DE GÉNERO**

La norma no contempla las variantes derivadas de la ley de identidad de género, la opinión del Dr Solari al respecto es que le debería reconocer la facultad a la persona que da a luz de poder figurar registralmente como padre como elección sexual.

## **1. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL**

### **Presunción de filiación matrimonial**

Se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos **después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores** a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La convivencia del padre con la madre durante la época de la concepción hace presumir la paternidad del conviviente, excepto oposición fundada.

El **cese de la presunción** se debe a que el máximo del período del embarazo es de trescientos días→ Por lo tanto, la ley presume que mientras duró la normal convivencia, los hijos concebidos fueron del respectivo matrimonio.

Hipótesis de la separación de hecho: de los cónyuges lleva a que **cese la presunción de filiación**, sin embargo, El nacido debe ser inscripto como hijo de los cónyuges cuando ellos manifiestan su consentimiento a la hora de la inscripción.

Puede ser por naturaleza y para las TRHA (CONSENT por separacion de hecho y la inicial)

**Presunción es iuris tantum→ Admite prueba en contrario.**

### **Hipótesis de TRHA**

La presunción **no regirá para la hipótesis de reproducción humana asistida** cuando el cónyuge no prestó el consentimiento previo, informado y libre que exige la ley.

**Presunción de la filiación respecto de cónyuges separados de hecho art 567:**

En principio, la separación de hecho de los cónyuges lleva a que razonablemente cese la presunción de filiación. Ahora bien, sin perjuicio del cese de la presunción legal derivada de la separación de hecho, conforme a lo establecido en el art. 566, se establece que el nacido debe ser inscripto como hijo de los cónyuges cuando ellos manifiestan su consentimiento en tal sentido. Tal consentimiento para dicha inscripción es válido tanto cuando el nacido haya sido por naturaleza o mediante el uso de TRHA.

Parece indudable que, por más que estuvieren separados de hecho y por prolongada que fuere dicha separación, si los cónyuges manifiestan el consentimiento al momento de la inscripción del nacido, no estarían sino reconociendo la paternidad del hijo. La solución legal resulta acertada.

### **Hipótesis de matrimonios sucesivos: 568**

Si existen matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se distingue según el hijo nazca dentro o después de los primeros 180 días de la celebración del segundo matrimonio.

- si el hijo nace **dentro** de los **300 días** de la disolución o anulación del primero y **dentro** de los **180 días** de la celebración del segundo, **tiene vínculo filial con el primer cónyuge**;

- 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**.

### **Formas de determinación de la maternidad**

La determinación de filiación matrimonial y su emplazamiento en el vínculo paterno-filial puede ser mediante 3 posibilidades:

**1. Por la inscripción del nacimiento** en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con la partida de nacimiento y por la prueba del matrimonio de los padres.

**2. Por sentencia firme en juicio de filiación.**

**3. En las TRHA, por el consentimiento** previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

### **2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:**

La determinación de la filiación, es el emplazamiento en un determinado estado de familia.

#### **Formas de determinación**

**1. el reconocimiento,**

**2. el consentimiento previo, informado y libre en las TRHA**

**3. La sentencia en juicio de filiación:** el emplazamiento se produce en forma forzada, dado que la falta de reconocimiento, lleva a que la persona legitimada inicie la correspondiente acción de filiación para obtener el debido emplazamiento.

## **Reconocimiento**

El reconocimiento es el acto mediante el cual una persona declara que otra es su hijo.

- Es un derecho-deber porque el progenitor no solo tiene el derecho sino el deber de reconocer a su hijo, es una obligación de obrar.

**Reconocimiento del hijo por nacer:** Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.

Diferencia entre emplazamiento del correspondiente estado de familia y el reconocimiento

- Emplazamiento es el vínculo paterno-filial, ante el reconocimiento voluntario de la paternidad solamente se logra con la inscripción en el registro.

- Entonces si estamos ante las dos últimas manifestaciones de voluntad el emplazamiento se va a producir sólo cuando se inscriba en el Registro.

## **Características**

Es un acto jurídico:

1. **familiar:** produce el emplazamiento en el estado de familia.
2. **unilateral:** no requiere aceptación por parte del hijo.
3. **personalísimo:** no puede ser delegado → no lo puede hacer otra persona en nombre del reconociente.
4. **Individual:** no se puede declarar en el acto del reconocimiento la persona con quien se tuvo el hijo.
5. **puro y simple:** el reconocimiento no puede estar sujeto a modalidades, condiciones o plazos.
6. **irrevocable:** por razones de seguridad jurídica y morales es necesario darle estabilidad a las personas sobre su estado de familia.
7. **imprescriptible:** si bien debe realizarse ni bien se toma conocimiento de la paternidad, la acción de reconocimiento no prescribe.

## **Formas del reconocimiento**

Debe ser por escrito, de forma clara e inequívoca. → Además debe resultar suficiente para lograr la individualización del reconocido.

### **Puede ser realizado:**

1. **Ante el oficial del Registro Civil al inscribir el nacimiento, o luego de él.** → para el emplazamiento siempre será necesaria la inscripción en el Registro Civil.
  2. Con declaración por instrumento público, o privado.
  3. Por acto de última voluntad, es decir, testamentariamente.
- El código prevé estas 3 formas de reconocimiento, pero

## Notificación del reconocimiento

En caso de haber habido un reconocimiento, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.

## Capacidad para el reconocimiento: 680

El hijo adolescente no necesita autorización de sus progenitores para reconocer hijos.

- A partir de los trece años se goza de la capacidad para reconocer hijos.

En TDHA: La determinación de la filiación y el emplazamiento en el estado de familia se produce por la manifestación del consentimiento del reconociente en forma previa, informada y libre.

## ACCIONES DE FILIACIÓN. DAÑOS AL HIJO NO RECONOCIDO

### ACCIONES DE FILIACIÓN:

Son la vía por la cual la ley permite emplazamientos, desplazamientos, o el cuestionamiento del vínculo filial. → Son acciones de estado de familia.

### Caracteres

- 1. Imprescriptibles:** El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no puede ser objeto de prescripción ni de renuncia (expresa o tácita). → Los derechos patrimoniales ya adquiridos si están sujetos a prescripción.
- 2. Inalienables:** no pueden ser objeto de cesión ni de renuncia.
- 3. Irrenunciables:** las relaciones jurídicas familiares escapan a la autonomía de la voluntad privada. Las acciones que atañen a su ejercicio son gobernadas por normas imperativas o de orden público.
- 4. Personalísimas:** Inherentes a la persona

### Tipos

- 1. Acción de reclamación de filiación:** cuando la persona no ha sido reconocida por el progenitor → se utiliza una acción de emplazamiento en el vínculo paterno-filial.
- 2. Acción de impugnación:** cuando la persona ya tiene un estado de familia pero pretende cuestionarlo → se utiliza una acción de desplazamiento del vínculo paterno-filial.
  - Impugnación Filiación presumida por ley
  - negación de filiación presumida por ley
  - impugnación preventiva de la filiación presumida por ley

- impugnación del reconocimiento

### Caso de las TRHA

**No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre** a dichas técnicas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

- Tampoco es admisible el reconocimiento por quien aportó el material genético, ni ningún reclamo sobre el vínculo filial, justamente **el vínculo paterno filial se da a partir de la voluntad procreacional**, cuya autorización es dada por ese consentimiento.

### Artículo 578. Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial

Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación.

### Medios de prueba

En las acciones de filiación se admiten **toda clase de pruebas**.

- No obstante la amplitud probatoria, en materia de filiación **la prueba genética adquiere particular importancia, constituyendo esta la prueba por excelencia**, relativizándose los demás medios de prueba existentes en el proceso.

**¿Quiénes pueden solicitarla?** En principio, son solicitadas por las partes, fundamentalmente por quien pretenda atribuir o cuestionar una paternidad determinada. Respecto de la prueba biológica puede ser solicitada de oficio, cuando no haya sido pedida por los litigantes.

#### 1. Testimonial

Pueden ser testigos los amigos íntimos o familiares, ya que son las personas mas cercanas las que conocen mejor la realidad de los hecho

#### 2. Posesión de estado

Tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no haya sido desvirtuado por la prueba de nexo biológico → Funciona como **presunción de paternidad**.

- es una situación o goce de hecho que indica una relación entre padres e hijos, sin que exista el título de familia, que surge del ejercicio de los derechos y obligaciones que emergen del rol familiar.

#### 3. Exceptio plurium concubentium

Es una **defensa que busca desvirtuar la presunción legal** de paternidad matrimonial y extramatrimonial. → Con ella, el demandado alega pluralidad de relaciones sexuales por parte de la mujer con otros hombres, tornando incierta la paternidad cuestionada. . Reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la madre del hijo cuya paternidad se cuestiona, alega que, en virtud de haber tenido la madre relaciones sexuales también con otro u otros hombres durante el período legal de la concepción. Como la honestidad de

la madre se presume, la carga probatoria de la exceptio plurium conubentium pesa sobre el accionado que la invoca.

#### **4. La conducta procesal del demandado**

Es determinante y tiene relevancia para hacer lugar a la filiación demandada, otorgándole valor a la conducta o comportamiento procesal de las partes.

**La respuesta negativa a la prueba biológica:** viola el deber de colaboración con la justicia, y perjudica a un tercero que busca descubrir su identidad. → opera como una grave presunción en contra de la persona que se niega a someterse al ADN, ya que se entiende que busca impedir la prueba para que no se demuestre la paternidad cuestionada.

#### **5. Prueba genética**

Puede ser a pedido de parte o de oficio → se puede realizar con el demandado o, si este se niega o por alguna razón no fuera posible hacerla, el juez podrá ordenar que se realice a los parientes del demandado hasta de segundo grado. Anteriormente se establecía que la negativa del demandado a someterse a una constituiría un indicio en su contra. Se justificó tal solución, diciéndose que la ley recoge un axioma que la realidad presenta, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad algo tiene que ocultar. La jurisprudencia debatía si se podía establecer la paternidad por la sola negativa, como único medio de prueba tenida por el juzgador. En ello consistía el disenso de la jurisprudencia, pues no había uniformidad al respecto. Algunos sostenían que no es prueba suficiente la sola negativa para hacer lugar a la filiación. Otros, en cambio, estimaban que la sola negativa podía constituir el fundamento de la atribución de la paternidad cuestionada. **Solari: Coincido con esta última postura, dada la importancia y trascendencia que tiene en este tipo de juicios la prueba genética.**

**a) Valor probatorio de la negativa.** constituirá un indicio grave contrario al renuente. Como puede advertirse de los términos de la disposición legal, la cuestión central que motiva el disenso en nuestros tribunales, no ha sido corregida, sino que se mantiene el mismo criterio que el que regía anteriormente.

**b) Prueba genética realizada a los parientes.** (no previsto en el régimen anterior) Se señala que, ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; en tal caso, debe priorizarse a los más próximos.

La prueba genética de los parientes es trascendente, porque no deja de tener un significado importante la realizada a los parientes, dado el alto grado de probabilidad científica.

**c) Muestras extraídas.** Finalmente, cabe consignar que los estudios de ADN, clásicamente realizados mediante la extracción de sangre, actualmente podrían ser obtenidos con otras materias orgánicas (piel, saliva, uñas, cabello, etc.), lo que facilita su obtención.

**¿Es posible el pedido de prueba genética extrajudicial acordada por los cónyuges con la correspondiente homologación judicial de dicho acuerdo?**

La justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, estimando que la acción interpuesta resulta a todas luces improcedente, en tanto tal desplazamiento o el mero planteamiento de una duda respecto de sus orígenes debe realizarse en un marco de protección absoluta hacia su salud psicofísica y acompañarlo con un respaldo afectivo-material del cual se lo estaría despojando.

En tal oportunidad, se alegó que el pedido de autorización judicial para practicar una prueba de ADN a un menor a los efectos de determinar fehacientemente la paternidad del niño resultaba improcedente, toda vez que esta, por sí sola, no redundaría en ningún beneficio para el menor, ya que, en el supuesto caso de que el reconociente no fuera el padre biológico, indefectiblemente deberá iniciar un proceso de conocimiento pleno, resultando imposible ordenar al Registro de las Personas la supresión del estado de familia del menor.

## 6. Prueba genética post mortem

El juez puede llegar a autorizar la exhumación del cuerpo para que sea realizada esta prueba. → La demanda se hace contra los herederos.

En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los **dos progenitores naturales de éste**. → Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, el juez puede autorizar la **exhumación del cadáver** para que se realice la prueba.

## ACCIONES DE RECLAMACION DE FILIACION:

La acción de **reclamación de filiación** es aquella en la cual el hijo, o su representante legal, demanda al supuesto padre o madre que no ha reconocido voluntariamente la filiación.

- Normalmente, es la madre quien en representación de su hijo menor de edad demanda al supuesto padre por no haber asumido voluntariamente la paternidad de su hijo.

-El **hijo** puede reclamar la filiación matrimonial contra sus progenitores, o contra quien los considere tales, en el caso de la filiación extramatrimonial, cuando el vínculo filial no resulte de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

- Filiación matrimonial: la acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente, es decir, sería un litisconsorcio pasivo necesario.

- Filiación extramatrimonial: puede dirigirse contra uno o ambos progenitores.

- Fallecimiento del progenitor: en caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

## Plazos para ejercer las acciones

**Imprescriptible**: el niño tiene toda la vida para realizarla. → No prescribe porque es el derecho a la identidad que tiene el menor y tal derecho no puede estar sujeto a plazos para su ejercicio. → La acción no puede estar limitada en el tiempo, debido a que la identidad de la persona es un derecho que tiene durante toda su vida.

**Herederos**: los herederos del hijo pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz.

- tendrán la posibilidad de iniciar la acción ellos mismos, si el hijo fallece siendo menor de edad o incapaz, o si el hijo hubiera muerto antes de transcurrir un año desde que alcanzó la mayor edad (19 años) o dentro del año de haber muerto el hijo siendo incapaz.

- Los herederos también podrán iniciar la acción cuando, después del fallecimiento, descubrieran pruebas sobre las cuales se pueda fundar la demanda, por el término de un año desde que conocieron las mismas

### **ACCION DE RECLAMACION DE FILIACION EN TRHA:**

Si las personas que recurrieron a esta técnica, hubieran prestado su consentimiento previo, informado y libre, no podrán intentar la acción de reclamación de filiación.

- Tampoco se permite que las terceras personas que aportaron los gametos inicien la acción.

### **Alimentos provisorios**

Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor cuando esté en juego la protección de los derechos del niño, niña o adolescente.

- No deberá iniciarse un proceso para recabar la prueba de que estos alimentos son necesarios justamente xq su fundamento está en que debe ser rápido su otorgamiento para evitar el menoscabo en los derechos del niño.

### **Reparación de daños causados**

**El hijo puede pedir la reparación de los daños que deriven del no reconocimiento de la paternidad.** → El factor de atribución es que la persona haya tenido conocimiento sobre la paternidad cuestionada y aún así no lo haya reconocido.

- Esta reparación no se basará en las privaciones que hubiere sufrido el niño por el no reconocimiento, sino en la situación de que de haber sido reconocido hubiera gozado de una mejor calidad de vida.

### **Paternidad desconocida**

Cuando un niño aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al **Ministerio Público**, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

- Se debe instar a la madre a **suministrar el nombre del presunto padre** y toda información que contribuya a su individualización y paradero.
- La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Esta acción, no depende de la voluntad de la madre y se busca con ella garantizar el derecho a la identidad de la persona.

### **Caso de haber posesión de estado**

Si en el juicio de filiación se acredita la posesión entre el progenitor y el reclamante, ésta tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, pudiendo el juez fundarse válidamente en la posesión de estado para dictar sentencia.

- La posesión de estado no conlleva por sí sola el emplazamiento en el vínculo filial, debiendo obtenerse la sentencia de filiación para lograr el emplazamiento. → acreditada la existencia de una posesión de estado, aunque sea por cierto tiempo, una época o un periodo en la vida del padre, el hijo tácitamente reconocido, estará habilitado para requerir judicialmente el reconocimiento de la filiación, mediante la posesión de estado.

Es una **presunción legal**, ya que demostrada la posesión de estado, esta prueba es suficiente para atribuir la paternidad cuestionada.

- La paternidad cuestionada puede ser desvirtuada si se acredita la inexistencia del vínculo biológico.

### **Caso de haber convivencia**

La convivencia de la madre durante la época de la concepción **hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente**, excepto oposición fundada.

- Es una presunción legal, de manera que, probada la convivencia durante la época de la concepción, el solo reclamo de hijo en la acción de filiación será necesario, siendo innecesaria la prueba genética en estos casos.

El conviviente puede demostrar que no es el progenitor del hijo que dio a luz su conviviente.

### **ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN:**

Las acciones de impugnación tienen como objetivo desvirtuar la filiación existente, sosteniendo que el vínculo paterno-filial no debe mantenerse en razón de que el emplazamiento no se corresponde con la realidad biológica.

- **La persona que se encuentra emplazada en un determinado estado pretende obtener el desplazamiento.**

#### **1. Accion de impugnacion de la maternidad**

El **vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo**, habiendo sido esta maternidad por naturaleza determinada con la prueba de nacimiento y la identidad del marido.

#### **2 supuestos:**

- **Sustitución de parto:** lo que se alega para la impugnación es el cambio del hijo.
- **Suposición de parto:** lo que se invoca para la impugnación es que no hubo parto.

### **Legitimación activa**

Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un **interés legítimo**.

### **Caducidad**

**La acción para el propio hijo no caduca**, pues podrá ejercerla en todo tiempo.

- Para los demás legitimados: La acción caduca si transcurre un año **desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo**.

### **Supuestos de TRHA**

La falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si se ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

## **2. Acción de impugnación de la filiación presumida por la ley (589)**

Es la acción mediante la cual el **cónyuge cuestiona el vínculo legal atribuido en virtud de la presunción legal derivada del matrimonio o la convivencia**. → Para acreditar esa circunstancia puede valerse de **todo medio de prueba**.

### **Legitimación activa**

Puede ser ejercida por el hijo, por el/la cónyuge, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo (por ejemplo el progenitor biológico).

### **Caducidad**

**Para el hijo la acción es imprescriptible.**

- Para los demás caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

**Si fallece el legitimado activo** sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de caducar la acción → En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

### **Crítica al plazo de caducidad**

**Si bien el planteo de impugnación después de muchos años puede ser cuestionable, el plazo de caducidad de un año resulta demasiado escaso, ya que siempre debe ser preferible el esclarecimiento de la realidad biológica.**

- El derecho a la identidad con jerarquía constitucional, justifica la supresión del plazo de caducidad y podría ser motivo de declaración de inconstitucionalidad.

**Supuesto de TRHA. El segundo párrafo art. 589:**

*"Esta disposición no se aplica en los supuestos de TRHA asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".*

### **Medios de prueba. La última parte art. 589:**

"Para acreditar esa circunstancia puede valerse de **todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración** de quien dio a luz".

En tal contexto, se estima que la confesión o el reconocimiento de los hechos por parte de la persona que dio a luz pueden involucrar una connivencia entre las partes, para producir el desplazamiento intentado en dicha acción.

### **3. Acción de negación de filiación presumida por la ley**

**Cuando el hijo hubiera nacido dentro de los primeros 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, el o la cónyuge pueden desvirtuar la presunción, ejerciendo la acción de negación de la filiación presumida por la ley.**

- Se presume que la concepción fue anterior al matrimonio y por lo tanto se permite ejercer la acción.

### **Legitimación activa**

El o la cónyuge de quien dio a luz.

### **Caducidad**

La acción caduca si transcurre **un año** desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

### **Conocimiento del embarazo**

Si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, **la negación debe ser desestimada.** → en ese caso puede ejercer la acción de impugnación de la filiación.

### **Supuesto de TRHA. art. 591:**

*"Esta disposición no se aplica en los supuestos de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".*

### **4. Acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley**

**Antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.** → Su objeto es desvirtuar la presunción que operará al momento de producirse el nacimiento con vida del hijo, respecto del cónyuge o la cónyuge que efectivamente sabe que no es el progenitor del hijo que va a nacer

- De esta manera, si el cónyuge sabe que no es el progenitor del niño, no se lo obliga a esperar al nacimiento del hijo para ejercer la acción de impugnación, sino que puede ejercer la acción preventiva.

### **Legitimación activa**

Puede ser ejercido por la o el cónyuge de la embarazo y además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

### **Inscripción posterior.** Tercer párrafo del art. 592:

*"La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida".*

### **Supuesto de TRHA art. 592:**

*"Esta disposición no se aplica en los supuestos de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".*

## **5. Acción de impugnación del reconocimiento**

El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser su hijo. **La acción de impugnación del reconocimiento tiene lugar cuando se produce el reconocimiento del hijo por parte de una persona luego del nacimiento, y se pretende luego impugnar dicho vínculo, alegándose que no existe tal vínculo biológico.**

### **Legitimación activa**

La acción **puede ser ejercida por el hijo o los terceros que invoquen un interés legítimo** (por ejemplo: la madre del menor). Dicho interés legítimo que debe acreditar el tercero que pretende ejercer la acción de impugnación no se reduce a un interés patrimonial o económico, sino que comprende, asimismo, un interés meramente moral. Entre los terceros interesados se halla la madre del menor.

**Y el propio reconociente?** Un problema que se presentaba en el régimen anterior —que no ha sido superado en el régimen actual— es el de **saber si entre los terceros interesados se incluye al propio reconociente.** En tal contexto, es importante preguntarse si, en la especie, **debe prevalecer el principio general que niega ir contra los propios actos y el carácter irrevocable del reconocimiento, o si, por el contrario, se admite la impugnación haciendo prevalecer el derecho a la realidad biológica del niño.**

Se ha distinguido en esta situación, desde siempre, la acción de nulidad del reconocimiento de la acción de impugnación del reconocimiento. **En la nulidad del reconocimiento lo que se alega es la existencia de vicios de la voluntad al momento del reconocimiento. En cambio, la acción de impugnación ataca su contenido, es decir, niega el presupuesto**

biológico, por no ser el que está emplazado como padre el verdadero progenitor de dicho vínculo filial.

En este sentido, se entendió que, **dada la irrevocabilidad del reconocimiento, el propio reconociente no puede impugnarlo, pero si puede accionar por nulidad** de este alegando vicios del consentimiento —error, violencia o dolo—, y en tal caso, lo que en definitiva hará será pedir la anulación del acto jurídico controvertido.

**Otra postura, en cambio, se manifiesta favorable a que el propio reconociente pueda entablar la acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial**, sin perjuicio y con independencia de la acción de nulidad del reconocimiento. Se fundamentó tal criterio diciéndose que **no hay duda de que la falta de límites de la expresión utilizada por la ley hace que comprenda al reconociente.**

Privar al reconociente de la posibilidad de impugnar el reconocimiento o compulsarlo a transitar el camino trazado para la nulidad del acto jurídico, cuando puede tenerse por corrido el velo casi en su totalidad con la realización de un estudio científico —análisis de ADN— en los tiempos que corren se transformaría en una conducta rígida y legalista de la judicatura que se censura desde las convenciones internacionales de rango constitucional. Se alegó que la exigencia de demostración del vicio de la voluntad en los casos de invocación de la nulidad del acto de reconocimiento chocan con la creciente y sostenida tendencia de abordar las causas de filiación como **cuestiones de orden público, en las que debe primar, por encima de todo, el derecho a la identidad de origen.**

Esta última posición es la que debe prevalecer.

### **Caducidad**

**El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo.**

- Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de **un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.**

### **Supuesto de TRHA último párrafo del art. 593:**

*"Esta disposición no se aplica en los supuestos de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".*

## **ADOPCIÓN**

**Disposiciones generales. Declaración judicial de adoptabilidad y guarda con fines de adopción.**

### **ADOPCIÓN:**

**La adopción es una institución jurídica mediante la cual se otorga un vínculo paterno filial entre partes por sentencia judicial.**

### **Objeto y finalidad:**

**proteger el derecho de los niños, niñas y adolescente a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no puedan serles proporcionados por su familia de origen. INTERES SUPERIOR DLE NIÑO.**

### **Sentencia judicial:**

La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

### **Principios generales que la rigen (art 595)**

#### **1. El interés superior del niño.**

**2.** El respeto por el **derecho a la identidad**. La creación legal de un vínculo jurídico entre las partes no ha de significar un desconocimiento y desaparición de la historia de vida de dicha persona, entre las cuales se encuentra su pasado. La adopción no debe implicar la negación o el ocultamiento de su realidad biológica.

**3.** El agotamiento de las posibilidades de **permanencia en la familia** de origen o ampliada. se debe preservar, en lo posible, que el niño sea mantenido en su familia ampliada y, como **último recurso, otorgarse la adopción**.

El apartamiento de un niño de su familia biológica sólo puede fundarse en circunstancias excepcionales en las que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior.

**4. La preservación de los vínculos fraternos**, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva, o de no ser posible esto manteniendo los vínculos jurídicos entre estos.

**5. El derecho a conocer los orígenes:** el adoptado tiene derecho a requerir el expediente judicial y administrativo en los que se tramitó su adopción para conocer los datos de su familia de origen. → Tiene derecho a ejercer una acción autónoma a estos fines, de ser necesaria, y x ende a contar con asistencia letrada gratuita, contando con la colaboración de organismos del estado y del poder judicial.

**6. El derecho a ser oído** y que su opinión sea tenida en cuenta según su grado de madurez y edad, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los 10 años (para que lo adopten) **\*Solari: Entiendo que resulta desacertado establecer una edad determinada —en el caso, diez años—, a partir del cual se requerirá su consentimiento. Debió establecerse, conforme a los criterios que informa la Convención sobre los Derechos del Niño, que dicho consentimiento será necesario cuando el niño tuviere la suficiente edad y madurez para expresar dicho consentimiento. De esta forma, le hubiere permitido al juzgador analizar las particularidades del caso, en cuanto al desarrollo y evolución del niño en cuestión. Todo ello, sin perjuicio e independientemente del derecho a ser oído.**

**\*Solari: Otros aspectos. Factor tiempo.** Estimo que habría sido relevante que la ley expresamente señale como directiva la importancia del factor tiempo, especialmente en la tramitación del juicio de adopción, más allá de los plazos establecidos para ciertas etapas procesales —como luego veremos—. El camino administrativo y judicial que conlleva un proceso de adopción requiere de consideración especial por parte del legislador, atento la situación de incertidumbre en que se halla el sujeto de adopción durante dicha tramitación.

### **Personas que pueden ser adoptadas → art 597**

**1. Menores de edad no emancipados** declarados en situación de adaptabilidad, o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.

**2. Persona mayor de edad cuando**

- sea el hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar

- haya habido posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobable.

### **Pluralidad de adoptados** → Art. 598

Pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente → Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

### **Personas que pueden ser adoptantes** → art 599

**No se requiere un determinado estado civil para acceder a la adopción.** → solteros, casados o convivientes pueden adoptar. → si es un matrimonio o unión convivencial deben hacerlo conjuntamente

- No influye la orientación sexual del adoptante pretense, mucho menos el género, que a la luz de la ley de identidad de género se estableció que cada quien pueda vivir de acuerdo a la categoría de género con la cual se identifica, y esto en nada puede perturbar la capacidad de adoptar para aquellas personas que así lo pretendan.

**Se establece que debe existir una diferencia de edad de 16 años**, a los fines de lograr una relación paterno filial con mayor madurez afectiva y humana

- excepción: en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, favoreciendo así la adopción por integración. **No existe límite de edad máxima para adoptar.**

### **Plazo de residencia en el país e inscripción** → Art. 600:

Cuando la persona no sea de nacionalidad argentina, o no esté naturalizada en el país, deberá haber residido permanentemente en el país por no menos de 5 años antes de haber pedido la guarda para la adopción.

- Además debe estar inscripta en el registro de adoptantes.

### **Restricciones** → Art. 601

No puede adoptar:

1. Los menores de 25 años, excepto que el cónyuge o conviviente cumpla con este requisito.
2. El ascendiente a su descendiente.
3. Entre hermanos unilaterales, o bilaterales.

### **Requisitos para adoptar**

1. Matrimonio, UC (incorporado. Art 510) y única persona (art 599)
2. 16 años de diferencia con el adoptante, excepto cuando se esté adoptando al hijo del cónyuge o conviviente
3. Residencia permanente en el país por un periodo mínimo de cinco años antes de la petición. → No se exige a argentinos o naturalizados (art 600)
4. Inscripto en RUAGA (Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos)
5. 25 años de edad, excepto adopción conjunta
6. No ser ascendiente y descendiente
7. No ser hermanos

### **Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial art 602:**

*Las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente.*

Es lógico que cuando dos personas tienen un proyecto de vida común —sea matrimonial o unión convivencial— la posibilidad de adoptar signifique una decisión conjunta.

### **Adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial art. 603 (excepción a lo anterior): La adopción por personas casadas o en unión convivencial puede ser unipersonal si:**

- 1. Cuando el cónyuge o conviviente haya sido declarado incapaz, o con capacidad restringida,** determinando la sentencia que no puede dar su consentimiento para este acto.
- 2. Cuando los cónyuges estén separados de hecho.** → se requiere que los cónyuges se hallen en plena comunidad de vida para exigir la adopción conjunta, por ello si están separados de hecho sin voluntad de unirse aunque sigan unidos en matrimonio, podrán adoptar unipersonalmente.

La Ley privilegia la posibilidad de que el cónyuge o conviviente acceda a la adopción, sin que resulte un obstáculo la imposibilidad de prestar consentimiento del cónyuge o conviviente por las razones expuestas.

### **Adopción conjunta de personas divorciadas, o que hubieren cesado la unión convivencial → art. 604**

Será posible cuando durante el matrimonio, o la convivencia, hubieran mantenido estado de madre o padre con el niño. → El juez tendrá que valorar la incidencia de la ruptura del vínculo del niño o adolescente con ellos y ponderar su interés superior.

- **prevalece el aspecto afectivo por sobre el límite legal,** teniendo en miras el interés superior del niño, niña o adolescente y en consonancia con la manda constitucional de protección integral de la familia del art. 14 Bis de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales en la materia.

### **Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores → art 605**

Se contempla la situación de que **durante el juicio de guarda, antes de otorgarse la sentencia de adopción, uno de los integrantes del matrimonio o la unión convivencial fallezca.** → En tales hipótesis el juez podrá otorgar la adopción al cónyuge sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.

### **Adopción por tutor → Art. 606**

Sólo puede adoptar a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones de la tutela.

### **Declaración judicial de adaptabilidad**

**Objeto:** comprobación del estado de abandono del menor, no sólo acreditando el estado de desamparo moral o material evidente, manifiesto y continuo, sino también sus causas.

## **La separación de la familia de origen es de carácter excepcional.**

- La ley prioriza a la familia biológica como medio más favorable para el desarrollo de los niños, salvo la acreditación de circunstancias de gravedad que pongan en peligro el desarrollo y futuro de los mismos.

Las **causas económicas en la separación del niño con su familia biológica** se encuentran expresamente prohibidas en el art. 33 de la Ley 26.061.

- Las causas económicas de que la familia de origen no pueda proveerle el sustento al niño por carecer de recursos materiales para ello no es motivo para que se lo desvincule de su familia de origen. → Será el Estado quien deberá garantizar los mecanismos administrativos y judiciales para evitar la privación del derecho del niño de permanecer en su núcleo familiar de origen, proveyéndole de los medios necesarios para la crianza del niño.

### **Supuestos en los que se dicta → art. 607**

1. Cuando el niño tenga a los padres fallecidos, o carezca de vínculos filiales y se haya agotado el plazo máximo de 30 días para la búsqueda de sus familiares de origen.

2. Los padres decidieron darlo en adopción. → Esta manifestación será válida después de los 45 días de producido el nacimiento, siempre que en dicho plazo la madre haya podido tener vínculo con su hijo y la oportunidad de relacionarse afectivamente y encariñarse.

3. Las medidas tendientes a la revinculación fracasaron (plazo máximo de 180 días).

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

### **Procedimiento**

A partir de la reforma constitucional de 1994, por medio de la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la obligación de los Estados se ha modificado. Ahora se requiere una investigación de la real situación del menor/menores. → Para declarar judicialmente la situación de adoptabilidad se requiere un procedimiento previo que es la **revinculación del niño con su familia de origen**, lo que es una obligación de hacer del Estado, de conformidad con el art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño.- En este sentido el Estado asume un rol fundamental, debiendo implementar medidas, planes y programas para esta revinculación familiar del niño con su familia de origen, lo que representa una manda constitucional xq el niño tiene el derecho de no ser separado de sus padres, como principio general.

### **Sujetos del procedimiento → Art. 608**

1. El menor, junto con su asistencia letrada.
2. Los padres o representantes legales del menor.
3. El organismo administrativo que participó en la etapa prejudicial.
4. Ministerio Público.

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

### **Reglas del procedimiento** → Art. 609

1. tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales;
2. es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita;
3. La sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.

### **Equivalencia** → art. 610

La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad. → Es decir que no será necesario en este caso pasar por el juicio de declaración de la situación de adoptabilidad.

### **Guarda con fines de adopción.**

Una vez realizada la declaración de adaptabilidad, o habiéndose resuelto la privación de la responsabilidad parental, quedará habilitada la vía para el procedimiento de guarda preadoptiva. - La guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.

### **Prohibición de la guarda de hecho** → Art 611

**Está prohibida la entrega directa de guarda sin intervención judicial**, ya sea con escritura pública, instrumento privado, entrega a familiares directos, etc. → En estos casos el juez podrá separar al niño de los guardadores de hecho, a menos que se compruebe que la elección de los progenitores estaba fundada en la existencia de un vínculo de parentesco con los guardadores y que esta separación producirá un perjuicio al niño.

**El guardador será elegido por el juez de una nómina remitida por el Registro de Adoptantes.** → Se tomará en cuenta la opinión del niño mayor de 10 años.

- Cumplido el período de prueba de guarda el juez, de oficio o a pedido de parte, iniciará el proceso de adopción. → La sentencia de adopción tendrá efecto retroactivo a la sentencia de guarda preadoptiva. **Está dirigido a evitar el comercio de NNy**

### **Elección del guardador e intervención del organismo administrativo** → art 613

El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. → convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad.

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

### **Pautas a tener en cuenta (no taxativas)**

1. las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes
2. su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación
3. sus motivaciones y expectativas frente a la adopción

4. el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

### **Sentencia de guarda con fines de adopción**

El juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción, la cual no puede ser mayor a 6M  
**La sentencia no coloca a los pretensos adoptantes en el estado de familia de padres e hijos.** → Esta es una **medida cautelar**, sujeta a lo que finalmente se decida en el juicio propiamente dicho de adopción.

## **JUICIO DE ADOPCIÓN. TIPOS DE ADOPCIÓN**

### **JUICIO DE ADOPCIÓN:**

#### **ETAPAS:**

**1ERA - DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD:** • El primer proceso es el que determina que un niño no puede permanecer en su familia de origen  
• PROCESO QUE DETERMINA LA ADOPTABILIDAD (Arts. 607 a 610)

**2DA - GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN:** El segundo proceso apunta a generar algún tipo de vínculo socio-afectivo entre el niño que necesita una familia y posibles adoptantes. Se le confiere la guarda a alguien, que es temporal, provisoria y está sujeta a revisión judicial  
• PROCEDIMIENTO DE GUARDA PREADOPTIVA

**3ERA - JUICIO DE ADOPCIÓN:** Finalmente, tenemos el proceso de adopción propiamente dicho, que apunta a inscribir al niño como hijo de los adoptantes  
• JUICIO DE ADOPCION

**ARTICULO 615.- Competencia.** Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión.

**ARTICULO 616.- Inicio del proceso de adopción.** Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.

### **Reglas del procedimiento → art 617**

1. son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;
2. el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
3. debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;
4. el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;
5. Las audiencias son privadas y el expediente, reservado.

### **Efecto temporal de la sentencia → art 618**

**La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción**

- excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

### **TIPOS DE ADOPCIÓN:**

### **DISPOSICIONES GENERALES:**

### **Facultades judiciales**

El juez debe otorgar la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al **interés superior del niño** → La **Convención sobre los Derechos del Niño**, impide que el juez otorgue de forma mecánica y abstracta un tipo de adopción u el otro, ya que se deben de valorar específicamente las circunstancias de cada caso, y decidir según sea más conveniente para el menor

### **Conversión**

A petición de parte y por razones fundadas, el juez puede **convertir una adopción simple en plena** → La conversión tiene efecto desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

### **Prenombre del adoptado**

El prenombre del adoptado **debe ser respetado**

- Excepcionalmente y por razones fundadas el juez puede **disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.**

**NULIDADES:** En materia de adopción se recepciona el criterio NULIDAD E INSCRIPCIÓN clasificatorio de las nulidades: ABSOLUTA Y RELATIVA

### **CASOS QUE ADOLECEN DE NULIDAD ABSOLUTA: ART 634 CCCN**

Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a) La edad del adoptado;
- b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres;
- d) La adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente;
- e) La adopción de descendientes;
- f) La adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí;

### **ADOLECE DE NULIDAD RELATIVA LA ADOPCIÓN OBTENIDA EN VIOLACIÓN A LAS DISPOSICIONES REFERIDAS A:**

- a) la edad mínima del adoptante;
- b) vicios del consentimiento;
- c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

**ARTÍCULO 636. NORMAS SUPLETORIAS** En lo no reglado por este Capítulo, las nulidades se rigen por lo previsto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero.

**ARTÍCULO 637. INSCRIPCIÓN** La adopción, su revocación, conversión y nulidad, deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

### **POSIBILIDAD DE MANTENER O CREAR VÍNCULO JURÍDICO:**

**Adopción plena:** sin perjuicio de que como principio general se extingue el vínculo entre el adoptado y la familia biológica, si es más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen.

**Adopción simple:** si bien como principio general no se crea un vínculo jurídico entre el adoptado y la familia de los adoptantes, el juez puede crear un vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple.

- En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad

### 1. Adopción plena → (arts 624, 625 y 626)

La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.- El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

#### Caracteres

1. **Irrevocabilidad:** la adopción plena es irrevocable. → Solari considera que no debe ser absoluto, ya que se debe admitir la revocabilidad en situaciones excepcionales.

2. **Inadmisibilidad de la acción de filiación:** no se puede admitir la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores ni tampoco el reconocimiento por parte de los progenitores biológicos → El niño tendrá derecho a conocer sus orígenes, pero post sentencia de adopción no tiene derecho a ser reconocido como hijo por su progenitor con los efectos jurídicos que el reconocimiento comporta en el establecimiento de la filiación.

- sólo serán admisibles a los efectos de posibilitar los **derechos alimentarios y sucesorios del adoptado**, sin alterar los otros efectos de la adopción.

#### Pautas para el otorgamiento

1. Preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida.
2. Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
3. Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
4. Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

#### Apellido

- Si la adopción es **unipersonal**, el adoptado llevará el apellido del adoptante.
- Si es **conjunta**, podrá llevar el de uno u otro, o el de los dos → Excepcionalmente, y fundado en el **derecho a la identidad del adoptado**, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el **apellido de origen** al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta; En todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, **el juez debe valorar especialmente su opinión.**

### 2. Adopción simple → (arts 627, 628, 629)

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero **no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante.**

### **Efectos de la adopción simple**

1. **Los derechos y deberes** que resultan del **vínculo de origen** no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes.
2. **Derecho de comunicación** de la familia de origen con el adoptado.
3. **Derecho a reclamar alimentos** del adoptado a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos.
4. **Posibilidad de mantener el apellido** si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.

### **Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción**

Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la **acción de filiación contra sus progenitores**, y el **reconocimiento del adoptado**.

- La acción de filiación o el reconocimiento no puede alterar los efectos de la adopción.

### **Revocabilidad**

**La adopción simple es revocable**→ se puede revocar por:

1. Causales de indignidad por parte del adoptado o del adoptante.
2. Petición justificada del adoptado mayor de edad, debiendo alegar y probar causas justificadas.
3. Acuerdo entre adoptado mayor de edad y adoptante manifestado judicialmente, extinguiendo la adopción desde que la sentencia queda firme hasta el futuro.

### **Efectos de la revocación**

Producida la revocación, **el adoptado pierde, en principio, el apellido de adopción, consecuencia lógica de la modificación de su estado de familia.** → Aunque puede ser autorizado a conservarlo, con fundamento en su derecho de identidad.

### **3. Adopción de integración**→ (arts 630 y 631)

La adopción de integración tiene lugar cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente→ **tiene por objeto completar la familia nuclear del adoptado**, incorporando la figura del padre, o de la madre que falta, pero respetando el vínculo existente del progenitor que lo tiene bajo su guarda, por lo tanto, no se excluyen o extinguen vínculos existentes, sino que se los amplía.

- Hoy en día se permite que la adopción de integración sea mediante una adopción plena o simple, según las particularidades de cada caso.

### **Efectos**

**Entre el adoptado y su progenitor de origen:** La adopción de integración **siempre mantiene el vínculo filiatorio** y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen→ **El adoptante no sustituye al progenitor de origen.**

### **Efectos entre adoptado y adoptante:**

- Si el adoptado tiene **un solo vínculo filial de origen**: se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena.
- Si el adoptado tiene **doble vínculo filial de origen**: el juez debe decidir si otorga la adopción simple o plena.

### **Reglas aplicables**

1. Los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;
2. El adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes;
3. No se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;
4. No se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad: ya que se busca facilitar y promover la adopción para favorecer al grupo familiar en el cual ya se encuentra integrado el menor.
5. No se exige previa guarda con fines de adopción;
6. No rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen.

### **Revocabilidad**

La adopción de integración es revocable por las **mismas causales previstas para la adopción simple**, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

## **RESPONSABILIDAD PARENTAL**

**terminología. Figuras legales. Delegación del ejercicio. Casos de desacuerdo. Cuidado Personal.**

### **RESPONSABILIDAD PARENTAL CONCEPTO:**

Desde el punto de vista terminológico, siguiendo la moderna tendencia en la materia, se **supera la denominación de "Patria Potestad"**, por la de **"Responsabilidad Parental"**, lo que resulta un acierto.

**Art. 638: "La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".**

**i) Deberes y derechos:** comprende tanto las obligaciones emergentes de los progenitores como las facultades de las que gozan. La circunstancia de que se antepongan los "deberes" a los "derechos" no resulta insignificante.

**i) Quiénes lo ostentan:** Las personas que están a cargo de la responsabilidad parental son, naturalmente, los padres (progenitores en la terminología del código de fondo) del menor de edad, pues lo que caracteriza a dicha institución respecto de otras —tutela, guarda, etc.

Sin embargo, la normativa vigente presenta una novedad al respecto, en virtud de que los progenitores —como luego veremos— tienen la facultad, en ejercicio de la responsabilidad parental, de realizar una **"delegación"** de esta. Por lo que terceras personas —parientes— podrían estar ejerciendo dicha responsabilidad parental sin ser "progenitores".

**iii) Contenido.** La responsabilidad parental comprende la protección de la **persona del menor de edad y los bienes del hijo**. Por lo tanto, tiene un contenido extrapatrimonial y otro patrimonial.

De ahí que sea una representación integral del sujeto. Con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, en los términos y alcances de la ley 27.610, es una facultad exclusiva de la gestante y no de ambos progenitores. De ahí que la decisión de la práctica a interrumpir dicho embarazo no deba ser autorizada por el otro progenitor.

**iv) Finalidad.** No queda librado al libre albedrío de los progenitores, sino que la ley demarca la finalidad de la institución: **protección, desarrollo y formación integral**.

**v) Período.** Se establece que la responsabilidad parental se extiende hasta el momento de adquirirse la **mayoría de edad o, en su caso, hasta la emancipación** del sujeto.

### **Principios generales art. 639: La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:**

A) **el interés superior del niño:** En verdad, en los términos y alcances de la ley 26.061, el interés superior del niño **es un principio mientras que los otros dos son derechos**.

B) **la autonomía progresiva del hijo** conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. El juez deberá ponderar especialmente esa situación cuando se hallen en conflicto los derechos del niño con la facultad de los progenitores, en aplicación de la responsabilidad parental.

C) **el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta** según su edad y grado de madurez.

### **Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental: 640**

no debe confundirse con otras instituciones afines, pues **existen figuras legales derivadas de la responsabilidad parental**, tal como lo señala el art. 640:

**1-) La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental:** son dos aspectos diferenciables, pues la titularidad corresponde a los progenitores en virtud del emplazamiento en el vínculo paternofamiliar (constituye el **aspecto estático**). Mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental (ex patria potestad) refiere a la realización de los actos de la persona y bienes de los menores de edad. (Constituye el **aspecto dinámico**).

Si bien normalmente corresponde a los padres (progenitores), el **ejercicio puede ser delegado** a algún pariente, por un tiempo determinado. **La titularidad, nunca.**

**2-) El cuidado personal del hijo por los progenitores:** sustituye a lo que se denominaba "tenencia", en el viejo régimen.

**3-) La guarda otorgada por el juez a un tercero.**

### **Art 641.- Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:**

a) en caso de **convivencia** con ambos progenitores, **a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro**, con excepción de los supuestos

contemplados que medie expresa oposición o los del **645** donde se requiere **consentimiento** de ambos progenitores.

1. autorizar a los hijos adolescentes entre 16 y 18 para **contraer matrimonio**;
2. autorizarlo para **ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad**;
3. autorizarlo para **salir de la República o para el cambio de residencia permanente** en el extranjero;
4. autorizarlo para **estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí**
5. **administrar los bienes** de los hijos, **excepto que se haya delegado** la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

b) en caso de **cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores.**

c) en caso de **muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;**

d) en caso de **hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;**

e) en caso de **hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor.** En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

#### **Caso de desacuerdo art. 642:**

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede **acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local**, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, **el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años.** El juez **también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria** y someter las discrepancias a mediación.

#### **Delegación del ejercicio art. 643:**

Se faculta a los padres para que puedan delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente. Se establece como exigencia que dicha delegación **debe serlo en interés del hijo y por razones debidamente fundadas.** Lo que dependerá de las circunstancias de cada caso particular. Para la delegación del ejercicio, **los progenitores necesariamente deben estar de acuerdo.** De manera que, si uno de ellos no está de acuerdo, tal delegación no sería factible. La persona en cuya cabeza se delega el ejercicio debe, naturalmente, aceptar la delegación. Por lo demás, el destinatario **debe ser un pariente.**

**Solari: El precepto legal exige que el destinatario sea un pariente del niño, niña o adolescente. Resulta desacertado, desde el punto de vista constitucional y convencional, limitarlo al parentesco y no incluir otros vínculos afectivos de la persona, en atención a un concepto amplio de familia. En tal sentido, considero que la norma podría ser cuestionada por ser restrictiva y no superar el test de constitucionalidad.**

**Necesidad de homologar judicialmente.** La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental realizada por los progenitores debe ser efectuada por vía judicial. En tal sentido, dicho acuerdo deberá ser homologado por el juez. Se exige, además, que el menor de edad sea oído, en garantía de su derecho constitucional.

**Plazo máximo.** La delegación del ejercicio puede ser realizada, en las condiciones de la norma, por un plazo no mayor de un año. Esto ha sido cuestionado en la doctrina y declarado inconstitucional en precedentes judiciales.

**Hijo que sólo tiene un vínculo filial.** La facultad de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental también corresponde en casos en que el hijo tenga un solo vínculo filial. En cuya hipótesis **el único progenitor podrá delegar el ejercicio, en las condiciones antes establecidas.** Lógicamente, en tales situaciones, **dependerá de la sola voluntad del progenitor que ostenta la responsabilidad** parental. Todo ello, sin perjuicio de la vía judicial requerida para aquel.

#### **Hipótesis de progenitores adolescentes art. 644:**

Los progenitores adolescentes, **estén o no casados, tienen el ejercicio de la responsabilidad parental, a pesar de su minoridad.**

En consecuencia, no solamente tienen la titularidad, sino **también el ejercicio** de la responsabilidad parental de sus hijos menores de edad. Se explicó que los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental respecto de sus propios hijos, **aunque en la forma y con las limitaciones establecidas en el art. 644**, dado que frente a la toma de ciertos actos de suma trascendencia para la vida del niño **se requiere no solo su consentimiento, sino también del asentimiento de su representante legal o, supletoriamente, de la autorización judicial.** Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un **progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño;** también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente **debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño**, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

Si hubiere **conflicto para la realización de alguno de los actos**, entre la persona que tiene el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor adolescente y este, **la cuestión debe resolverla el juez interviniente.** Todo ello, por el procedimiento más breve que contenga la ley local. El régimen descrito en la disposición legal sobre el progenitor adolescente **resulta aplicable, aunque el otro progenitor tenga la plena capacidad civil.**

**Deberes y derechos de los progenitores:** Se enuncian los deberes y derechos de los progenitores hacia sus hijos menores de edad. Correctamente se destaca el aspecto de los deberes, con prioridad sobre los derechos, en la consideración de que la responsabilidad parental es una institución que tiene en miras, fundamentalmente, el interés superior del niño.

#### **Enumeración art. 646:**

Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus

derechos; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo. Aun cuando la enumeración es amplia, no ha de entenderse como una enumeración taxativa.

#### **Prohibición de malos tratos art. 647:**

expresamente la prohibición de malos tratos, en consonancia con instrumentos internacionales de jerarquía constitucional. La disposición prohíbe expresamente los malos tratos, en cualquiera de sus formas, y cualquier otra lesión o menoscabo a la persona del niño. **Queda incluido el maltrato físico y psíquico, en todas sus formas.**

**El deber de corrección que tenían los padres, en los orígenes de la institución, va siendo suprimida** por las legislaciones modernas, porque tal facultad resulta incompatible con la institución. Dicho deber de corrección tampoco quedaba justificado por la circunstancia de que el ordenamiento jurídico estableciera que debía ser ejercido "moderadamente".

**Solicitud de auxilio a los organismos del Estado:** En resguardo y protección de la integridad física del niño, y para garantizar el cumplimiento efectivo de esta prohibición legal, se brinda la posibilidad a los progenitores para recurrir a los organismos del Estado en caso de que el otro realice actos que signifiquen un maltrato al menor de edad.

#### **Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos art. 648:**

*"Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo".*

El cuidado personal está enmarcado en los **actos referidos a la vida diaria del niño**. En esencia, viene a sustituir el viejo concepto de "tenencia". Con buen criterio, **el régimen actual distingue entre el cuidado personal del niño del ejercicio de la responsabilidad parental**. En efecto, en el régimen anterior, el ejercicio de la patria potestad era una consecuencia de la tenencia. En cambio, en el régimen actual, **aun ante la no convivencia de los padres, ambos mantienen el ejercicio de la responsabilidad parental**.

Tratándose de **hijo extramatrimonial con doble vínculo, si uno se estableció por declaración judicial, el ejercicio corresponderá al otro progenitor**. Todo ello, sin perjuicio de que los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, puedan atribuir el ejercicio a uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

**Lo cierto es que, en principio, ante el cese de la convivencia de los padres, la ley mantiene el ejercicio en cabeza de ambos progenitores. Lo que resulta un acierto.**

**Clases art. 649: "Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos".**

#### **Modalidades del cuidado personal compartido art 650:**

Cuando el cuidado personal del hijo es asumido en forma compartida por ambos padres, se presentan dos variantes: **alternada o indistinta**.

En el cuidado personal compartido, **en forma alternada, el hijo pasa un período de tiempo con uno y luego con el otro progenitor**. Ha interpretado la jurisprudencia que el cuidado personal compartido alternado de los hijos menores de edad, equivalente a la "tenencia compartida" del Código Civil y se **comprueba si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso, sino**

**también atención de aquel en sus actividades diarias.** En general, según la práctica jurisprudencial, el tiempo que se toma para la división es semanal.

En el cuidado personal compartido, en **forma indistinta**, si bien el hijo **reside de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, ambos padres comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.**

#### **Reglas generales art. 651:**

“A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

Se establece como regla general de preferencia, **cuando los padres no conviven, el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad indistinta. Excepcionalmente, y siempre que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo, se otorgará el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad alternada.**

#### **Derecho y deber de comunicación art. 652:**

"En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo".

En la **hipótesis de que se fije el cuidado personal del hijo a uno de los progenitores, el otro tendrá el derecho y el deber de mantener adecuada comunicación con su hijo.** Se supera la vieja denominación de "régimen de visitas" por la expresión "comunicación", que resulta más adecuada, en virtud de la relación paterno filial. Al decirse "fluida comunicación", se brinda un criterio al juzgador para garantizar que aquella comunicación tiene que tener la característica de ser permanente y no meramente circunstancial.

En realidad, la comunicación entre padres e hijos se funda en elementales principios de derecho natural. De modo que debe reconocerse **la necesidad de mantener los lazos familiares y afectivos, a fin de fortalecerlos y, de esta manera, evitar la desintegración de la familia.**

La disposición legal específica que la comunicación entre padres e hijos es un derecho y un deber de los progenitores, por lo que la institución no solamente tiene en cuenta el derecho de los padres, sino también el derecho del hijo.

**Suspensión del contacto por violencia y abuso.** La existencia de denuncias penales por maltratos y abuso sexual abre el interrogante de saber si debe, preventivamente, suspenderse el contacto entre padres e hijos, o si, por el contrario, debe mantenerse dicha comunicación durante la sustanciación del respectivo juicio.

Como lo demuestra la práctica judicial, no hay derechos absolutos y abstractos que prevalezcan, a priori, ante cualquier circunstancia. Por el contrario, los derechos dependen del contexto y las particularidades específicas que deberán ser valoradas e interpretadas por el juzgador, en un contexto y momento determinado.

**Sanciones al progenitor que impide el contacto.** En no pocas oportunidades, uno de los progenitores impide u obstaculiza el régimen de comunicación acordado o establecido por el juez. En tal caso, podrá tener las sanciones que el juzgador estime pertinentes.

#### **Art 653.- Cuidado personal unilateral.**

*Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:*

- a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;*
- b) la edad del hijo;*
- c) la opinión del hijo;*
- d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.*

*El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.*

#### **Art 657.- Otorgamiento de la guarda a un pariente.**

*En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.*

### **PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL**

#### **EXTINCIÓN, PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL:**

##### **Extinción de la titularidad art. 699:**

La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por:

- a) muerte del progenitor o del hijo:** se extingue de pleno derecho y la titularidad de la responsabilidad parental queda únicamente en el progenitor vivo.
- b) profesión del progenitor en instituto monástico:**
- c) alcanzar el hijo la mayoría de edad**
- d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644;**
- e) adopción del hijo por un tercero,** sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente.

##### **Privación de la responsabilidad parental art. 700:**

Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata:** El reproche moral del acto no admite discusión, en punto a la causal de privación de la responsabilidad parental.
- b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero:**
- c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo:** El criterio de la privación de la responsabilidad parental debe ser excepcional, ante situaciones extremas. En este sentido, se sostuvo que la privación de la responsabilidad parental debe ser dispuesta respecto de la progenitora de una menor, si se acreditó que profirió a este gravísimos

maltratos que afectaron su salud física y psíquica, e incluso, pusieron en peligro su potencial personalidad\*

**d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo:**

En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

**Nuevos casos de privación de la responsabilidad parental art 700 bis:**

La primera reforma legislativa al CCCN en el año 2017, ha sido precisamente en materia de privación de la responsabilidad parental, incorporando otras causales a las ya previstas.

a) Ser condenado como **autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género** conforme lo previsto en el art. 80, incs. 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor;

b) Ser **condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones** previstas en el art. 91 del Código Penal, **contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija** de que se trata;

c) Ser **condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual** previsto en el art. 119 del Código Penal de la Nación, **cometido contra el hijo o hija de que se trata.**

Las causales de privación de la responsabilidad contemplados en la nueva redacción refieren a situaciones derivadas, directa o indirectamente, de violencia contra la mujer, lo cual se inscribe esta reforma en contemplar causales específicas, desde una perspectiva de género.

**La privación operará también cuando los delitos descritos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere. La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental.**

La sentencia condenatoria debe ser comunicada al Ministerio Público, de modo de garantizar lo prescripto en el art. 703 del código de fondo. En tal contexto, será necesario designar asistencia técnica al niño, niña o adolescente, para que pueda efectivizar y ejercer los derechos derivados de aquel.

LA PRIVACIÓN ES SIEMPRE DEL EJERCICIO Y NO DE LA TITULARIDAD.

**Rehabilitación de la responsabilidad parental Según el art. 701 CCyC:**

"La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, **demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo**". Con tal disposición, la ley consagra el **carácter provisorio de la privación de la responsabilidad parental, pudiéndose dejar sin efecto**. La medida que deja sin efecto la privación de la responsabilidad parental debe ser **decidida por el juez**. Por lo demás, respecto de la prueba, se exige que el o los progenitores privados de aquella sean quienes demuestren la conveniencia y justificación de dicha medida, basadas en el interés superior del niño.

**Garantías mínimas del procedimiento: en cualquier procedimiento judicial o administrativo que afecte a niñas, niños y adolescentes, se tendrán en cuenta:**

- La constitución nacional
- La convención sobre los derechos del niño
- Tratados internacionales ratificados por la nación argentina

- Ley 26.061 → enumera las **garantías mínimas que tendrán los niños, niñas y adolescentes en los procesos donde participen, estas serán.**
- A ser oído
- Asu opinión sea tomada primordialmente en cuenta
- A ser asistido por un letrado preferentemente especializado (incluso de oficio)
- A participar activamente en todo el procedimiento
- A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte

### **Suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental:**

El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:

- a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;
- b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años;
- c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;
- d) la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales;
- e) el procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el art. 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el art. 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el art. 26, segundo párrafo y la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el art. 27 de la ley 26.061.

**No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del art. 700 bis, incs. a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.**

### **Tanto en los casos de privación como de suplección art 703:**

Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio y hay doble vínculo filial **el otro continúa ejerciéndola. En su defecto**, (caso de un solo vínculo filial) **se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción**, según la situación planteada, y **siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.**

### **Subsistencia del deber alimentario art 704.**

Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental

## **VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO. PROCESOS DE FAMILIA.**

### **VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA FAMILIAR:**

#### **Género y socialización genética:**

- construcción social e historia que se le da a los sexos impuesta como natural en realidad son sociales
- vivimos en una vida en la que se le asignan roles a los diferentes géneros y los diferentes roles hacen que nos comportemos de una determinada manera lo que marca una desigualdad en el ejercicio de los derechos
- socialización genética: interpretación social que se le otorga a ese género

### **Procedimiento de violencia familiar:**

- LEY 24417
- LEY 12569

### **ley de violencia de género:**

- LEY 26485,
- DECRETO 1011/2010
- DE ALCANCE NACIONAL ENGLOBA LA VIOLENCIA FAMILIAR.

### **LEY 26485 ley de violencia de género:**

Es una ley de alcance nacional y engloba a la violencia familiar, tmb tenes lo que es el concepto de violencia de género, y los tipos de violencia.

### **Concepto de género**

#### **ART 4:**

- cualquier 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 tmb 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 discriminatorio que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.
- Es aplicable a todos los hombres que se encuentren en siendo víctimas de violencia

### **Tipos de violencia:**

- física
- psicológica
- simbólica
- económica/patrimonial
- sexual

### **Modalidades de violencia:**

-art 6 incluye la violencia familiar/domestica, en esta ley se van a establecer el procedimiento particular para esta modalidad de violencia familiar pero al ser normativa procesal tenemos el problema de que es competencia de cada jurisdicción. Por lo que para cuestiones procesales la ley remite a cada jurisdicción.

### **LEY 24417 CABA:**

- Ley de violencia familiar
- ámbito de aplicación: CABA
- al ser ley procesal cada jurisdicción tiene competencia propia
- decreto reglamentario 235/96
- problema de esta ley es que no habla de violencia de género por lo que a partir del 2010 se sanciona una ley de adhesión: la 4503/2012 que permite aplicar la 26485 en su totalidad.

### **LEY 12569 PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

- Ley de violencia familiar
- ámbito de aplicación: PROVINCIA DE BS. AS.

- al ser ley procesal cada jurisdicción tiene competencia propia
- decreto reglamentario 1875/2005
- problema de esta ley es que no habla de violencia de género por lo que a partir del 2010 se sanciona una ley de adhesión: la ley 14509 que permite aplicar la 26485 en su totalidad.

### **APLICACIÓN PARA VIOLENCIA DE GÉNERO:**

CABA= VIOLENCIA FAMILIAR LEY 24417 + LEY 4203

PROVINCIA BS AS= VIOLENCIA FAMILIAR + LEY 14509

Y ESTÁS DOS JURISDICCIONES CON SUS RESPECTIVAS LEYES PERMITEN APLICAR LA LEY 26485 de manera integral - LEGITIMADO ACTIVO ES SOLO LA MUJER

### **Procedimiento:**

Es un procedimiento urgente

- DENUNCIA: Objetivo es el dictado de una medida cautelar o de protección
- en prov de bs As: comisaría de la mujer y familia
- CABA: oficina de violencia doméstica
- luego de la denuncia el juez dicta la medida cautelar
- una vez dictada le corresponde al juez realizar un control y seguimiento de la medida cautelar

**\*\*QUEDA PROHIBIDA LA MEDIACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ÁMBITO DE VIOLENCIA FAMILIAR POR LA POSICIÓN DESIGUAL EN LA QUE SE ENCUENTRAN LAS PARTES.**

### **Medidas cautelares:**

- prohibición de acercamiento o contacto hacia la persona o el lugar donde se encuentre
- Cese de los actos perturbatorios e intimidatorios
- exclusión del hogar y reintegro del grupo conviviente
- adopción de medidas de seguridad (botón de pánico/dispositivos duales)
- fijación de cuota de alimentos provisorios
- régimen de comunicación provisorio
- suspensión del régimen de comunicación provisorio
- violencia familiar: otorgar la guarda a un 3ero o pariente idóneo.
- juez puede dictar cualquier otra medida conforme a las circunstancias de la causa aunque no esté enumerada expresamente en la ley.

### **NORMATIVA INTERNACIONAL:**

#### **Cedaw: convenio para la eliminación de la discriminación contra la mujer.**

-art 1: concepto sobre discriminación a la mujer: toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

-recomendación 19: incluye a la violencia familiar dentro de lo que se entiende por discriminación contra la mujer. La discriminación también se da en el ámbito familiar

**Belem do para: convención para prevenir; sancionar y erradicar la violencia contra la mujer:**

-art 7: obligación de los Estados parte de actuar con debida diligencia, que se dicten medidas para que el agresor se abstenga de intimidar, hostigar. Investigar con debida diligencia que se pueda acceder al procedimiento de manera ágil y eficaz.

**NECESIDAD DE CREAR POLÍTICAS PÚBLICAS TRANSVERSALES**

**FALLO CAMPO ALGODONERO CS MEXICO**

**-Victimas:** Claudia Ivette Gonzáles, esmeralda herrera Monreal, Laura Berenice Ramos Monarrez y sus familiares.

**-Representantes:** Asociación nacional de abogados democráticos A.C, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, Red ciudadana de No violencia y por la dignidad Humana, Centro para el desarrollo integral de la mujer A.C

-Estado demandado: México

**-Sumilla:** el caso se refiere a la responsabilidad internacional del estado por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desaparición y la muerte de las victimas

Los hechos del presente caso sucedieron en ciudad juarez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciando por una cultura de discriminación contra la mujer.

Laura Berenice ramos, estudiante de 17 años, desapareció el 22 de septiembre del 2001.

Claudia, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda empleada doméstica de 15 años desapareció el 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la policía judicial.

El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de:

-claudia, esmeralda y Laura. Sus cuerpos presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

En síntesis, se condena al estado Mexicano por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desaparición y asesinato de las victimas.