

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Año XIV | Número 1 | Febrero 2022

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

ISSN 1852-8708

 **INCLUYE**
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 1852-8708
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de abril de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS •
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

Año XIV | Número 1 | Febrero 2022

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTORES

MARÍA J. MÉNDEZ COSTA
(1921-2015)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI
(1936-2016)

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA Y DERECHO MÉDICO

SALVADOR D. BERGEL
ALBERTO J. BUERES
JOSÉ W. TOBÍAS

CONSEJO ACADÉMICO

Armando S. Andruet (h.)
Gustavo A. Bossert
Eduardo I. Fanzolato
María Susana Najurieta
José Luis Pérez Lasala
Eduardo Pettigiani
Julio César Rivera
Eduardo Roca
Eduardo A. Zannoni

ELENA HIGHTON DE NOLASCO
Titular de la Oficina de Violencia
Doméstica de la CSJN

CARMEN M. ARGIBAY
Titular de la Oficina de la Mujer
de la CSJN (1939-2014)

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Isabel Benavente
Jorge C. Berbere Delgado
Pedro Di Lella
Francisco Ferrer
Silvia Guahnon
Lidia B. Hernández
Pedro F. Hooft
Adriana N. Krasnow
Raúl Gustavo Lozano
Jorge A. Mazzinghi (h.)

Mauricio L. Mizrahi
Analía Monferrer
Osvaldo Pitrau
Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Gabriel Roller
Eduardo G. Roveda
Luis Omar Salomón
Eduardo A. Sambrizzi
Vilma R. Vanella
María Silvia Villaverde

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOCTRINA

Procesos de vinculación preadoptiva y licencias laborales <i>Silvia Marrama</i>	3
La denuncia de violencia como acto violento en sí mismo <i>Daniel Luján</i>	15
El administrador judicial en la sucesión <i>Juan José Guardiola</i>	17

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ADOPCIÓN POST MORTEM Pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso. Otorgamiento de la adopción plena. Principio de realidad familiar. Niño que queda al cuidado de la abuela.....	31
La adopción póstuma o <i>post mortem</i> en la legislación argentina <i>Carolina Chmielak</i>	37
Adopción <i>post mortem</i> : el niño como protagonista de la filiación adoptiva. Retroactividad de la sentencia: derechos filiatorios y derechos hereditarios. Socioafectividad <i>Graciela C. Ignacio</i>	47

JURISPRUDENCIA

ADOPCIÓN PLENA Convocatoria pública. Niño que padece una discapacidad. Pretensos adoptantes con hipoacusia y que no estaban anotados en el Registro de Adopción. Concesión. Pedido de cambio de nombre que no afecta la identidad del niño.	69
TUTELA Alcances. Existencia de un único familiar que se allanó a la demanda. Consolidación de una situación de hecho. Otorgamiento.....	76

SUCESIÓN

Persona fallecida en el extranjero. Bienes en la República Argentina. Cónyuge supérstite. Protección de la legítima. Declaratoria de herederos. 81

ALIENACIÓN PARENTAL

Adolescente que manifiesta el rechazo a vincularse con su padre. Ausencia de pensamiento autónomo. Manipulación del hijo realizada por la madre. Cuadro de "implante de memoria". Revinculación paterno-filial. 83

FAMILIA

Información sumaria iniciada para el reconocimiento de una relación poliamorosa. Ausencia de prueba de la continuidad de la convivencia entre tres personas. 86

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN

Caducidad de la acción. Respeto del derecho a la identidad. Rechazo. 90

DOCTRINA

Procesos de vinculación preadoptiva y licencias laborales

Silvia Marrama (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Procesos de vinculación preadoptiva.— III. Licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva.— IV. Proyecto de ley 2918-D-2020 sobre licencias laborales para procesos de adopción.— V. Conclusión.

A nuestro Principito

I. Introducción

Entonces apareció el Zorro.

- ¡Buenos días! -dijo el Zorro.

- ¡Buenos días! -respondió cortésmente el Principito, que se volvió pero no vio nada.

- Estoy aquí, bajo el manzano -dijo la voz.

- ¿Quién eres tú? -preguntó el Principito-. ¡Qué bonito eres!

- Soy un zorro -dijo el Zorro.

- Ven a jugar conmigo -le propuso el Principito-, ¡estoy tan triste!

- No puedo jugar contigo -dijo el Zorro-, no estoy domesticado.

- ¿Qué significa “domesticar”?

- Es una cosa ya olvidada -dijo el Zorro-, significa “crear vínculos”..

Si tú me domesticas, entonces tendremos necesidad el uno del otro.

Tú serás para mí único en el mundo, yo seré para ti único en el mundo...

Si tú me domesticas, mi vida estará llena de sol...

- Por favor, domesticame -le dijo (1).

Las licencias laborales para padres que transitan procesos de adopción son en la actualidad deficientes e inadecuadas.

Los procesos adoptivos cuentan con diversas etapas, cada una con sus peculiaridades y exigencias para quienes desean ahijar niños, niñas o adolescentes (en adelante, NNA) mediante la adopción. En primera persona, un integrante del grupo autogestivo Ser Familia por Adopción

(1) Saint Exupery. El Principito. Cap. XXI.

(*) Abogada. Mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magister en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora en la Especialización en Derecho de Familia y en la Maestría de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria, y profesora interina de Legislación Agraria y de Ética y Deontología en la Universidad Nacional de Entre Ríos (UNER). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Posgrado y Doctorado. Autora de un libro y coautora en diversas obras colectivas. Autora de numerosos artículos y notas a fallo. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>

las describe: “Formar una familia por adopción implica atravesar un proceso que requiere de tiempos particulares muy diferentes a los de las familias que se conforman biológicamente. En primer lugar es necesario la realización de trámites en sedes administrativas o judiciales que insumen varios días ya sea para la presentación de documentación como para las evaluaciones. Luego de transcurrido un tiempo de espera (semanas, meses o años), se pueden recibir una o varias citaciones de los profesionales para conocerlos y reevaluarlos. También tener entrevistas ante la búsqueda de la familia más indicada para un niño concreto, siendo posible no quedar seleccionados o que sí lo seamos. Y es aquí donde los tiempos de licencia se hacen imprescindibles. Comienza una etapa que se denomina vinculación y se extiende desde el momento en el que conocemos a nuestro posible hijo” (2).

Las etapas mencionadas no encuentran un correlato adecuado en la mayor parte de la normativa existente en Argentina sobre licencias laborales para trabajadores tanto del sector público como del privado. Con relación a los trabajadores que se desempeñan en el sector privado, baste mencionar que la Ley de Contrato de Trabajo 20.744/1974 (en adelante, LCT) no contempla normas específicas de protección de la maternidad por adopción (cfr. arts. 177-178), ni la situación de excedencia para estas situaciones (cfr. art. 183). Respecto de las normas laborales para empleados públicos, si bien el régimen de licencias es materia de regulación en cada Convenio Colectivo de Trabajo (cfr. art. 19 del Marco de Regulación del Empleo Público Nacional —ley 25.164/1999—), en líneas generales se puede afirmar que no todos los convenios contemplan licencias laborales ajustadas a las particularidades de los procesos adoptivos.

Al respecto, la Lic. Laura Salvador explica que “es necesario alejarnos de la ‘mirada biologicista actual’ que no contempla los plazos propios de los procesos adoptivos, desde los trámites en sedes administrativas o judiciales hasta las etapas de vinculación y convivencia, fundamentales para el desarrollo de la relación padre-hijo. En la mayoría de los casos, la licencia se da una

vez que se tiene la sentencia o guarda de adopción —explica— que, muchas veces, llega casi un año después de que los chicos empezaron a vivir con la familia o incluso se ponen límites de edad de los niños para decidir si se les da la licencia o no” (3).

En particular, en estas líneas me referiré a las licencias laborales necesarias para un período fundamental del proceso adoptivo: el de la vinculación preadoptiva.

II. Procesos de vinculación preadoptiva

- *¿Quién eres tú? -preguntó el Principito-* (4).

El proceso de vinculación preadoptiva se inicia con el primer encuentro entre el o los NNA y aquellas personas que desean adoptar, cuyo legajo ha sido seleccionado por el juez que ha declarado la situación de adoptabilidad.

“La etapa de vinculación es esencial para que padres e hijos logren desarrollar un vínculo íntimo y duradero. Durante este período, un chico sin cuidados parentales empieza a convertirse en sujeto de familia y el adulto, en ‘padre de,’” sostiene Federica Otero, psicóloga especialista en adopción (5).

En esta etapa de generación del vínculo entre padres e hijos reviste particular importancia “el acompañamiento profesional para facilitar el conocimiento mutuo en pos de construir una relación saludable, puesto que es un momento donde se juegan expectativas y diversas emociones tanto de las niñas, niños o adolescentes como de los postulantes” (6).

(3) MORTIMER, Victoria, “Adopción. Las licencias laborales son cruciales pero casi inexistentes”, La Nación 26/08/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/adopcion-las-licencias-laborales-son-cruciales-pero-nid2281337/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

(4) Saint Exupery. El Principito. Cap. XXI.

(5) MORTIMER, Victoria. Adopción. Las licencias laborales son cruciales pero casi inexistentes, La Nación, 26/08/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/adopcion-las-licencias-laborales-son-cruciales-pero-nid2281337/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

(6) Guía informativa sobre adopción. Hacia una protección integral de los derechos de las niñas, niños y ado-

(2) Ser Familia por Adopción, Licencias laborales para procesos adoptivos, 26/06/2019, <https://serfamiliaporadopcion.org/adopcion-articulos/licencias-laborales-para-procesos-adoptivos/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

II.1. El proceso de vinculación preadoptiva en el Código Civil y Comercial

Este período tan trascendental en la vida de la familia que se está gestando mediante el instituto de la adopción, no ha sido contemplado ni en los arts. 316 y 317 del Código Civil —ley 340/1869—, ni en los arts. 612 y 613 del Código Civil y Comercial —ley 26.994/2014, en adelante, CCyC— pero la praxis tribunalicia lo prescribe en casi todos los procesos de este tipo.

Tal es así que la Guía informativa sobre adopción elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la considera una etapa del proceso de adopción y explica que “la frecuencia y duración de la vinculación dependerá de cómo se vaya construyendo ese vínculo en particular. Culminado este período, el juez dictará sentencia de guarda con fines de adopción, el que no puede exceder del plazo de 6 meses, en el que los ahora guardadores se encontrarán a cargo del cuidado y crianza de la niña, niño o adolescente. El juzgado actuante será el encargado de determinar qué organismo realizará el seguimiento de la guarda con fines adoptivos” (7).

II.2. Marco normativo del proceso de vinculación preadoptiva en Entre Ríos

- ¿Qué significa “domesticar”?...

- Es una cosa ya olvidada -dijo el Zorro-, significa “crear vínculos”...

“Si tú me domesticas, entonces tendremos necesidad el uno del otro.

“Tú serás para mí único en el mundo, yo seré para ti único en el mundo...”

lescentes. 2da. Edición, Abril 2016: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/guia_informativa_adopcion.pdf Pág. 8 Fecha de consulta: 18/12/2021.

(7) Guía informativa sobre adopción. Hacia una protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. 2da. Edición, Abril 2016: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/guia_informativa_adopcion.pdf Pág. 8 Fecha de consulta: 18/12/2021.

“Si tú me domesticas, mi vida estará llena de sol...”

- Por favor, domesticame -le dijo (8).

El punto décimo primero de la Acordada N° 27/13 del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, de fecha 17/09/2013, publicado en el 22/10/2013, establece valiosas disposiciones referidas a la filiación por adopción, propuestas por el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos en Entre Ríos (RUAER) —dependiente de la Defensoría General— bajo el título “Propuesta de unificación del trámite de preadoptabilidad y guarda con fines adoptivos”. Al considerar la propuesta en el marco del Acuerdo, el Sr. Defensor General, Dr. Maximiliano Benítez, explicó que las disposiciones promovidas tienen por fin “mejorar el servicio de justicia en un área sumamente sensible que requiere especial atención”.

Entre ellas, se destaca la determinación de un plazo para que el juez seleccione un legajo de personas que desean adoptar, dado que, tal como señala la Secretaria del Registro, Dra. María Spais (9), ni el Código Civil y Comercial de la Nación ni la Ley Procesal de Familia provincial 10.668/2019 se han ocupado de fijarlo. El establecimiento de un plazo para la selección del legajo es de vital importancia para evitar la dilación *sine die* de la decisión judicial, en función del superior interés del niño que se encuentra en situación de adoptabilidad, en espera de conocer a sus padres.

Así, la Acordada en la parte pertinente establece: “Declarada la preadoptabilidad y firme la misma, se deberá comunicar al RUAER, y solicitar la remisión de tres legajos. Para lo cual el RUAER tendrá un plazo de diez días. Recibidos los legajos por el juez interviniente en igual plazo deberá seleccionar uno de ellos y comenzar en forma inmediata el proceso de guarda con fines adoptivos, dictando la correspondiente sentencia”.

(8) Saint Exupery. El Principito. Cap. XXI.

(9) SPAIS, María Silvana, Cápsula educativa: “Adopción: normativa, diagnóstico y vinculación”. 2021. Instituto de formación y perfeccionamiento judicial “Dr Juan Bautista Alberdi” del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (STJER).

A continuación, la mencionada propuesta de la Defensoría General, aprobada mediante Acordada N° 27/13, establece otra valiosa disposición, inexistente tanto en el Código Civil ley 340/1869 como en el Código Civil y Comercial ley 26.994/2014: la previsión de la posibilidad de existencia de un período de vinculación previo a la guarda judicial.

En efecto, la Acordada dispone: “En el supuesto que conforme las necesidades y particularidades del caso por estar referida a la edad de los niños/as, tratarse de adopciones tardías, niños/as y/o adolescentes en situaciones particulares de salud y/o grupos de hermanos, sea necesario conforme el interés superior del mismo que se lleve a cabo un proceso de vinculación gradual con el pretense adoptante, se podrá otorgar un plazo que no podrá exceder de 3 meses a tales efectos y que se denominará ‘en proceso de vinculación’. Finalizado el cual y habiendo resultado satisfactoria dicha instancia y cumplido los requisitos del art. 613 del Código Proyectoado (10), se dictará la sentencia del guarda con fines adoptivos”. Y añade posteriormente que “El proceso de vinculación, en los supuestos referidos y por las consideraciones expuestas, será llevado adelante por los profesionales dependientes del RUAER (11), con la participación de los equipos del COPNAF (12) y del Juzgado interviniente, quién en definitiva será quien evaluará el proceso”.

Las Dras. Claudia Salomón y Lorena Calí —exjueza de familia y exsecretaria del RUAER respectivamente— con conocimiento no solo académico sino también de la praxis tribunalicia del tema, ponen de resalto que el período de guarda judicial “presenta como característica distintiva la convivencia del NNA con los pretensos adoptantes, y requiere *necesariamente* ser antecedida de una instancia previa, el “período de vinculación” al cual hace re-

ferencia el art. 109 de esta LPF (13), cuando alude a que en la audiencia se elaborará una “estrategia de vinculación” (el resaltado me pertenece)” (14).

Continúan explicando las autoras que “Este período de alta carga emotiva, por ser inaugural de un cambio en el estado de vida de las personas, necesariamente requiere que sea acompañado profesionalmente y la ausencia de dicha intervención puede poner en riesgo la vinculación...” (15). Este acompañamiento se encuentra previsto en la Acordada N° 27/13 establece que “A los fines de garantizar la realización de los procesos de vinculación se designarán profesionales psicólogos y asistentes sociales...”.

Cabe reiterar que los procesos de vinculación como etapa previa a la de la guarda son hoy una realidad en la mayoría de los procesos adoptivos en los que no se encuentran involucrados NNA recién nacidos. En consonancia con ello y de modo similar al previsto en 2013 por la Acordada entrerriana, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación creó en 2014, mediante Resolución N° 408/2014, el Programa de Apoyo Técnico y Acompañamiento a Familias en Período de Vinculación, Guarda y Adopción, a modo de respuesta a un requerimiento formulado por los Registros Únicos de las jurisdicciones adheridas a la ley N° 25.854/2004. Mediante este programa, la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la República Argentina brinda un espacio de reflexión, orientación y contención para las familias en período de vinculación, guarda y adopción con el objetivo de facilitar la construcción de un vínculo saludable con la niña, niño o adolescente. La inclusión en el programa se realiza por derivación de los juzgados con competencia en adopción, de los Registros de las jurisdicciones adheridas a la ley

(13) La sigla LPF refiere a la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos N° 10.668/2019.

(14) Cfr. PAULETTI, A. C. (dir.) “Ley procesal de familia de la Provincia de Entre Ríos: ley 10.668 comentada y anotada”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, - 1ª ed. rev. Ver: Capítulo II. Proceso de adopción. Análisis exegético de los artículos 94 a 122 por Calí, L. y Salomón, C. E. - p. 131.

(15) Ibidem. Ver: Capítulo II. Proceso de adopción. Análisis exegético de los artículos 94 a 122 por Calí, L. y Salomón, C. E. - p. 131.

(10) Se refiere al Código Civil y Comercial, Ley N° 26.994/2014.

(11) Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de Entre Ríos.

(12) Consejo Provincial del Niño, el Adolescente y la Familia. Organismo administrativo de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes de Entre Ríos.

Nº 25.854/2004 y a requerimiento de las familias que se encuentren en vinculación con NNA que residan en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y/o en la provincia de Buenos Aires (16).

III. Licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva

III.1. Necesidad de licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva

- *¿Qué debo hacer?* -preguntó el Principito.

- *Debes tener mucha paciencia* -respondió el Zorro-.

"Te sentarás al principio un poco lejos de mí, así, en el suelo; yo te miraré con el rabillo del ojo y tú no me dirás nada.

"El lenguaje es fuente de malos entendidos.

"Pero cada día podrás sentarte un poco más cerca..." (17).

Durante la etapa de vinculación preadoptiva, es fundamental que los adultos puedan estar lo máximo posible disponibles para los NNA, con quienes necesitan compartir tiempo para afianzar el vínculo, y para que ellos internalicen las pautas de convivencia en la nueva familia. En este período aparecen en los NNA frecuentemente miedos e inseguridades, que, según Otero, "se deben a que, como la mayoría de los chicos que son adoptados, sufrieron graves vulneraciones de sus derechos, esto puede llevarlos a desconfiar de los adultos o a tener miedo de sufrir una nueva pérdida". Destaca Salvador que "no debemos olvidar que son niños para los que su mayor falta es la de una familia presente, que los acompañe y les dedique tiempo". Los especialistas coinciden en que "es fundamental destinar todos los recursos necesarios para reconstruir la confianza de los chicos y una relación entre padres e hijos con una base sólida,

(16) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Resolución 408/2014. Creación del Programa de Apoyo Técnico y Acompañamiento a Familias para los Períodos de Vinculación, Guarda y Adopción.

(17) Saint Exupery. El Principito. Cap. XXI.

buscando evitar las llamadas "devoluciones" o procesos excluyentes" (18).

Al respecto cabe destacar que los NNA cuentan con tiempos y rutinas que se deben respetar, y las residencias socioeducativas en las que usualmente viven —denominados vulgarmente hogares—, también cuentan con rutinas y horarios. Ello a menudo dificulta compatibilizar el horario laborable de los adoptantes con el horario que se establece para las visitas y salidas con los NNA, y obviamente en este aspecto, como en todos los demás, debe primar el superior interés de los menores. Entiendo que esta adecuación y flexibilidad de los horarios laborales de los adoptantes no puede quedar librada a la buena voluntad de los empleadores, porque se encuentra en juego la generación del vínculo, esencial para que prospere el proceso adoptivo.

Suele suceder, además, que el período de vinculación se desarrolle en una localidad e incluso en una provincia diferente de la que habitan los adoptantes, debido a que los niños residen allí. En estas situaciones frecuentes, a la disponibilidad de tiempo para "estar" y compartir con los NNA, se suma la necesidad de contar con tiempo para los traslados. "Es en estos casos, los que implican un traslado, los que necesitan de días corridos de licencia mientras que en los que la vinculación se realiza en una localidad cercana, quizás implique solamente entrar más tarde o salir más temprano del trabajo para acompañar al niño en cuestiones cotidianas como llevarlo a la escuela, a una actividad extracurricular o simplemente merendar juntos" (19).

Por último, si bien la doctrina identifica el inicio de la guarda judicial preadoptiva con el comienzo de la convivencia familiar, la realidad muestra que en varios procesos se indica desde los equipos profesionales de los Juzgados, de los

(18) MORTIMER, Victoria, "Adopción. Las licencias laborales son cruciales pero casi inexistentes", La Nación, 26/08/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/adopcion-las-licencias-laborales-son-cruciales-pero-nid2281337/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

(19) Ser Familia por Adopción, Licencias laborales para procesos adoptivos, 26/06/2019, <https://serfamiliaporadopcion.org/adopcion-articulos/licencias-laborales-para-procesos-adoptivos/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

Registros de Adoptantes locales y de los organismos administrativos de protección de derechos de los NNA, la convivencia durante la etapa de vinculación, situación que torna más acuciente aún la licencia laboral para los adoptantes.

En síntesis, uno de los más valiosos recursos, imprescindible en estos procesos de vinculación preadoptiva, es el tiempo. De ahí la importancia de prever licencias laborales acordes.

III.2. Inexistencia de licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva

- Por favor, domesticame -le dijo.

- Bien quisiera -le respondió el Principito- pero no tengo mucho tiempo...

- Solo se conocen bien las cosas que se domestican -dijo el Zorro-. Los hombres ya no tienen tiempo de conocer nada... (20).

La inexistencia de licencias laborales previstas normativamente para este crucial período del proceso adoptivo es generalizada. Otero sostiene que “es responsabilidad del Estado que exista un período para que los padres puedan dedicarse totalmente a este nuevo vínculo genuino, adecuado y perdurable en el tiempo” (21).

Como botón de muestra de la inexistencia de licencias laborales previstas para esta etapa, baste señalar que, paradójicamente en la Provincia de Entre Ríos, pionera en dar un marco normativo a los procesos de vinculación adoptiva, el mismo Poder Judicial —en cuya órbita funciona el Registro de Adoptantes—, niega a sus empleados las licencias laborales para los períodos de vinculación preadoptiva, aún en los casos en que la vinculación se desarrolla con convivencia familiar -situación fáctica equiparable a la de la guarda judicial preadoptiva-.

En efecto, las licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva no se encuentran

(20) Saint Exupery. El Principito. Cap. XXI.

(21) MORTIMER, Victoria, Adopción. Las licencias laborales son cruciales pero casi inexistentes, La Nación, 26/08/2019, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/adopcion-las-licencias-laborales-son-cruciales-pero-nid2281337/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

previstas en la normativa interna del Poder Judicial entrerriano (22), y en los casos en que los empleados las han solicitado, se las han denegado.

En un caso que tramitó por ante la Dirección de Gestión Humana, una empleada con cargo de escribiente que acreditó mediante informes del COPNAF y del RUAER, que se encontraba transitando un período de vinculación preadoptiva de 3 meses con convivencia familiar, solicitó el adelantamiento de la licencia por vacaciones o el adelantamiento de la licencia por adopción —prevista para el momento de otorgamiento de la guarda preadoptiva—. Es decir que la adoptante no solicitó gozar de más cantidad de días de licencia, sino solo que se adelanten los días de licencia previstos reglamentariamente. Aún así, su licencia le fue denegada por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (23).

La resolución del Superior Tribunal entrerriano se fundó en el dictamen de la Comisión de Personal del Alto Cuerpo: “Requerida intervención a la Comisión de Personal, los Dres. Juan Ramón Smaldone y Susana E. Medina dictaminaron que existiendo antecedentes sobre situaciones similares, corresponde rechazar el pedido de licencia interesado, conforme lo dispuesto por el art. 26 “ADOPCIÓN” del Régimen de Licencias, donde se establece que a los fines del cómputo de días de licencia, se requiere la efectiva acreditación de la guarda con fines de adopción. Por lo que, encontrándose la agente en proceso de vinculación para guarda con fines adoptivos, se considera que no es oportuno hacer lugar a la concesión de dicho beneficio”.

Durante el intercambio de opiniones en el marco del acuerdo, Smaldone recalcó que el proceso adoptivo cuenta con dos etapas, y que la primera de ellas —guarda con fines de adopción— “solo provoca efectos desde el punto de

(22) Cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Régimen de licencias, aprobado por Acuerdo General Nº 36/16 del 05-12-16, Punto 1º, art. 26, disponible en <https://www2.jusentrerios.gov.ar/wp-content/uploads/2021/03/Nuevo-Regimen-Licencias-Actualizado-2017-Nov.pdf> Fecha de consulta: 18/12/2021.

(23) Cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. Acuerdo General Nº 27/19 del 10-09-19, Punto 2º).

vista jurídico cuando la resolución que la dispone ha sido dictada. Por ello, reitera su dictamen de Comisión de Personal, en cuanto a que reglamentariamente está previsto que para el cómputo de días de licencia por adopción, se requiere la efectiva acreditación de la guarda con tales fines, mediante sentencia firme que así lo declare, dándose inicio de esta manera a la etapa de adopción propiamente dicha”. Y añadió a continuación que “el artículo 26 del reglamento de licencias es claro y, en todo caso, debería modificarse si lo que se pretende es otorgar dicho beneficio en una instancia previa a la resolución de guarda preadoptiva”. De más está decir que la promoción de una reforma del reglamento estaba fuera del alcance de posibilidades para la empleada que transitaba por aquella delicada etapa del proceso adoptivo. Hubiese bastado con aplicar el instituto de la equidad para resolver el caso (cfr. art. 37 de la Constitución de Entre Ríos, art. 2 CCyC, art. 11 LCT, entre otros), máxime cuando ningún perjuicio acarrearía para el empleador el pedido de la adoptante, dado que solo se solicitaba, reitero, un adelantamiento de licencia.

Ante esta inflexibilidad, la empleada con cargo de escribiente —el más bajo del escalafón— hubo de sostener el período de vinculación preadoptiva con convivencia familiar, mediante una licencia sin goce de sueldo.

Cabe señalar que en estas situaciones fácticas de vinculación con cohabitación —período que, reitero, puede prolongarse durante meses—, los adoptantes afrontan todos los gastos de los NNA, y por ello la incidencia de una licencia sin goce de sueldo en el presupuesto de la familia que se está gestando es grave. Baste explicar, v.gr., que los gastos de salud de los NNA carecen de cobertura por parte de las obras sociales y prepagas a las que se encuentran afiliados los adoptantes, dado que se niegan a afiliarlos por encontrarse los NNA jurídicamente bajo la órbita del organismo de protección de derechos del cual depende la residencia donde vivían. La afiliación solo es procedente a partir de la sentencia de guarda preadoptiva.

Corresponde destacar en el caso comentado, la disidencia del Presidente de la Sala N° 1 en lo Penal, Dr. Daniel O. Carubia, quien “considera que el proceso de vinculación para guarda pre-

adoptiva es precisamente el período en que resulta absolutamente indispensable la vinculación, para que la futura madre adoptiva genere lazos afectivos con el niño, y es por ello que la licencia debe ser concedida en estos momentos y no a instancias de una sentencia de adopción. Añade que la razón de ser de la licencia es permitir a los padres adoptivos poder vincularse desde el inicio de la relación con el niño, de manera similar a lo que ocurre con los ciento cincuenta días de licencia por nacimiento”. Al momento de la votación en el acuerdo, el Dr. Carubia reitera su disidencia señalando que “el período de vinculación para guarda con fines adoptivos resulta indispensable en el proceso de generación de lazos entre la madre y el niño, por lo que vota por hacer lugar a la solicitud de licencia sometida a consideración” (24).

III.3. Derechos conculcados

III.3.a. Violación del superior interés de los NNA

- *Ven a jugar conmigo -le propuso el Principito-, ¡estoy tan triste!* (25).

La inexistencia de licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva vulnera diversos derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso de adopción, en particular, los derechos y el superior interés de los NNA (cfr. art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño —en adelante, CDN—; art. 595 inc. 1 CCyC).

El Dr. Hornos refiere que nuestra legislación civil regula la adopción “como un instituto equiparable al que surge del vínculo biológico de padres e hijos y, de allí, la igualdad de derechos y obligaciones” (cfr. arts. 620 y 638 y ss. CCyC). Añade que las regulaciones de la filiación por adopción están regidas por el principio constitucional del interés superior del niño y que, “bajo este paradigma, la omisión en la regulación de la licencia para padres adoptivos e, incluso, la reducción del tiempo de licencia, afectan directamente el Interés del menor que

(24) Cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. Acuerdo General N° 27/19 del 10-09-19, Punto 2º).

(25) Saint Exupery. El Principito. Cap. XXI.

precisamente la legislación constitucional intenta proteger”. Recuerda que “el niño adoptado parte generalmente de una situación de vulnerabilidad que busca ser compensada mediante su incorporación a una familia. El tiempo que los padres tengan para dedicarle al niño al inicio del vínculo, repercute directamente sobre su posterior desarrollo y bienestar cimentando las bases de la relación parento-filial” (26).

La explicitación de lo que se entiende por interés superior de NNA (cfr. art. 3.1. CDN) puede leerse en el art. 3 de la ley 26.061/2005, y consiste en “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Esta disposición legal está en perfecta concordancia con el art. 6.2 CDN, que obliga a los Estados a garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. En particular, “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la *protección y asistencia especiales* del Estado” (cfr. art. 20.1 CDN, el resaltado me pertenece).

En consonancia con lo que afirmo en el párrafo anterior, Hornos concluye: “En suma, el derecho del niño a disfrutar de su familia, debe protegerse intensamente desde el comienzo del vínculo para que se fortalezca y permita el bienestar del niño y sus padres. La omisión legislativa respecto de la situación de padres e hijos adoptivos en todo lo concerniente a la licencia y protección de los padres adoptantes, se presenta ahora contraria a los principios constitucionales y disposiciones de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Particularmente, el principio de igualdad, de razonabilidad, el derecho de la mujer a la maternidad, el derecho del niño a disfrutar de su familia y el Interés Superior del Niño”. “Resulta entonces responsabilidad de los tres poderes del Estado, contemplar cuidadosamente la situación de los padres y los hijos adoptados para ajustar la legislación a los estándares constitucionales y convencionales, asimilando los beneficios entre padres biológi-

cos y adoptivos y *contemplar otras situaciones que solo se dan en la adopción* (los resaltados me pertenecen). Para el niño, la madre y padre adoptivos se reivindicaría, de esta forma, la relación vincular parento-filial merecedora de todos los beneficios de la ley, ya que supone, los mismos derechos y obligaciones afectivas y materiales que emanan de una relación vincular biológica” (27).

III.3.b. Vulneración de los derechos de las mujeres

Por último, cabe recordar con Hornos que “los instrumentos internacionales que protegen a la mujer, contemplan el derecho a la maternidad sin efectuar distingo alguno respecto a la forma de inicio del vínculo filiatorio. De esta forma, en el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) se reconoce “...la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos...”, por ello en el art. 4° inc. 2do. del referido instrumento, se insta a los Estados a proteger la maternidad y en el art. 11 inc. 2do. se regula la licencia por maternidad con goce de haberes y la protección contra el despido. En la Recomendación General N° 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer referida a “La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” se afirma que “La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el art.2° de la Convención” y que “Los derechos y las obligaciones compartidos enunciados en la Convención deben poder imponerse conforme a la ley y, cuando proceda, mediante las insti-

(26) Hornos, Gustavo M. La adopción y la licencia laboral: una perspectiva igualitaria, <https://www.cij.gov.ar/nota-27772-La-adopci-n-y-la-licencia-laboral-una-perspectiva-igualitaria.html> Fecha de consulta: 18/09/2021.

(27) Hornos, Gustavo M. La adopción y la licencia laboral: una perspectiva igualitaria, <https://www.cij.gov.ar/nota-27772-La-adopci-n-y-la-licencia-laboral-una-perspectiva-igualitaria.html> Fecha de consulta: 18/09/2021.

tuciones de la tutela, curatela, la custodia y la adopción...” (28).

El marco normativo constitucional y convencional referido a los derechos de las mujeres conduce al autor a concluir que “si una mujer decide formar una familia mediante el instituto de la adopción debe asegurársele los mismos derechos de maternidad que a las madres biológicas porque lo contrario implicaría una discriminación arbitraria e impediría el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención” (29).

Con particular referencia a las licencias laborales para el período de vinculación preadoptiva, cabe tener presente las delicadas aristas psicológicas y emocionales que su inexistencia puede acarrear a la adoptante, inexistencia que puede actuar como un factor desencadenante de stress ante la imperiosa necesidad de disponer de tiempo para generar y afianzar el vínculo y a la par conservar el trabajo para proveer el sustento cotidiano familiar. Es ocioso recordar que no es requisito para adoptar contar con medios económicos que permitan la subsistencia familiar sin el trabajo de los adultos, en particular, de la mujer.

Por último, más allá de las necesidades económicas de la familia, cabe traer a colación que el derecho de las mujeres a trabajar resulta hoy innegable, y afirmar que tal derecho se vulneraría si se pusiese en riesgo la relación laboral de la mujer ante la inexistencia de licencias adecuadas al proceso adoptivo. Al respecto, me permito traer a colación un fragmento de la carta de Juan Bautista Alberdi a Dalmacio Vélez Sársfield con ocasión de la recepción del proyecto de Código Civil, que la Dra. Graciela Medina cita en una de sus publicaciones: “Alberdi le señalaba a Vélez que “la familia debía estar gober-

nada por la democracia... La democracia en la familia es el derecho distribuido entre todos sus miembros por igual... Todos iguales quiere decir libres, el padre, la mujer, los hijos. La mujer no será la esclava, la doméstica, la pupila de su marido. La hija no será la mercancía de sus padres. El gobierno del hogar tendrá dos cabezas como el consulado de una república” (30).

IV. Proyecto de ley 2918-D-2020 sobre licencias laborales para procesos de adopción

Ante este panorama de inexistencia de licencias laborales adecuadas a los procesos de adopción, diversas organizaciones de la sociedad civil y grupos autogestivos de padres por adopción se encuentran acompañando proyectos legislativos que las prevén.

Entre ellos, los integrantes de Ser Familia por Adopción explican que “No podemos pasar por alto que los niños que serán nuestros hijos son niños para los que su mayor falta es la de una familia presente, contenedora, atenta a sus necesidades, que acompañe y le dedique el tiempo para alimentar el vínculo creado y para la consolidación familiar. Esta necesidad no puede cubrirse mientras se asiste al trabajo y solo se comparte con los niños el horario de la cena y los fines de semana (en el mejor de los casos). Los niños llegan a la adopción habiendo sufrido graves vulneraciones de derechos y muchas veces las referencias de adultos les generan desconfianza y temor a una nueva pérdida. Tanto los primeros meses de convivencia como el tiempo previo de vinculación son fundantes, se basan en la presencia que genera en los niños confianza hacia los adultos, hacia la casa. Implican mucho esfuerzo por la adaptación a los cambios no solo de adultos referentes, también de casa, de barrio y de escuela. Aunque sean adolescentes ellos están sujetos a emociones intensas en la adaptación e inmersos como los adultos en el proceso adoptivo que afianzará la familia. Resumiendo lo antes expuesto, las licencias para procesos adoptivos como derecho de los trabajadores para cumplir con el derecho de NNyA a tener una familia, requieren de tiempos específicos que podríamos resumir en estas tres etapas: *trámites, vinculación (días corridos*

(28) Hornos, Gustavo M. La adopción y la licencia laboral: una perspectiva igualitaria, <https://www.cij.gov.ar/nota-27772-La-adopci-n-y-la-licencia-laboral-una-perspectiva-igualitaria.html> Fecha de consulta: 18/09/2021.

(29) Hornos, Gustavo M. La adopción y la licencia laboral: una perspectiva igualitaria, <https://www.cij.gov.ar/nota-27772-La-adopci-n-y-la-licencia-laboral-una-perspectiva-igualitaria.html> Fecha de consulta: 18/09/2021.

(30) Cfr. MEDINA, Graciela, “La mujer en el Código Civil y Comercial unificado”, DFyP 2016 (marzo), 3.

o flexibilidad horaria), convivencia familiar (importante saber que esta etapa comienza con diferentes figuras legales y no necesariamente con la guarda con fines de adopción); sin olvidar la imperiosa necesidad en las adopciones múltiples y la adopción de niños con problemas de salud o discapacidad. La nueva ley, deberá alejarse del biologicismo de la actual” (31).

Por razones de brevedad, me limitaré a comentar el Proyecto de ley 2918-D-2020, publicado en Trámite Parlamentario 66 del 17/06/2020 en lo referido a la licencia laboral para el período de vinculación preadoptiva.

El proyecto prevé la modificación de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744/1974, entre otras. En los fundamentos, los legisladores explican que “la presente iniciativa se da de manera conjunta con la propuesta de creación de una licencia familiar de 30 días para progenitores o adoptantes, durante los dos primeros años de vida del hijo/o distribuidos de forma equitativa entre las/os responsables del cuidado. En este sentido, el presente incorpora para ambas/os progenitores y adoptantes, la posibilidad de contar con una licencia para adaptación escolar del hijo/o. Así también, contempla una licencia por enfermedad y cuidado de persona a cargo. Asimismo, la presente iniciativa reconoce el derecho de las/os adoptantes al goce de las mismas licencias que el resto, además de algunas específicas como los días para visitas previas a la guarda y para trámites de adopción, actualmente no previsto en la LCT. De esta forma pretendemos equiparar derechos entre distintas composiciones familiares, entre otras, las adoptantes”.

Con acierto y sensatez, los fundamentos del proyecto afirman que “reconocer los derechos de las familias adoptantes repercutirá en los procesos de adopción indirectamente. La Convención sobre los Derechos del Niño hace particular hincapié en la función de la familia y de las madres y padres en la formación del niño o niña, y que tal función debe ser amparada y fomentada por el Estado y sus leyes. Es el Estado,

quien tiene la responsabilidad de reducir las dificultades para que puedan continuar con su desarrollo laboral, sin por ello ir en detrimento del derecho que tienen los niños/niñas de ser cuidados por sus padres y madres, permitiéndoles conciliar las responsabilidades familiares y laborales. La normativa actual ignora los derechos de las familias cuya conformación no cumple con el esquema madre-padre y presenta un trato diferenciado ante hijos biológicos y adoptivos, no incluyendo protección para algunas familias”.

En particular respecto de la licencia laboral para la etapa de vinculación preadoptiva, el art. 1° del Proyecto dispone la sustitución del art. 158 LCT y el establecimiento de una licencia especial “inc. g) Para visitar al niño, niña o adolescente que se pretende adoptar y trámites con fines de adopción, quince días por año desde que el o la adoptante inicie sus visitas previas a la guarda con fines de adopción hasta su otorgamiento por el/la juez/a competente”. Aquella disposición está relacionada con la del art. 2° del proyecto, que propone la sustitución del art. 177 del Régimen de Contrato de Trabajo, incluyendo la situación de la adopción: “Artículo 177: Prohibición de trabajar. Conservación del empleo... “f) Queda prohibido el trabajo de la o el adoptante, durante el plazo de cien días corridos, posteriores a la notificación de la resolución judicial que otorga al niño/a o adolescente en guarda con fines de adopción”.

Estas disposiciones encuentran correlato en la equiparación de las presunciones de despido por embarazo y por razones de adopción (cfr. art. 3° del proyecto, sustitutivo del art. 178 LCT): “Artículo 178: Despido de las/os trabajadoras/es por embarazo o nacimiento del hijo/a, adopción o realización de TRHA. Presunción... “d) Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de las/os trabajadoras/es obedece a razones de adopción, cuando fuese dispuesto dentro de los ocho meses posteriores a la notificación a la empleadora del inicio del período de vinculación”.

Por su parte, el art. 4° del proyecto contempla la equiparación del derecho a la lactancia con el derecho a la alimentación de los NNA en proceso de adopción, mediante la sustitución del art. 179 LCT: “Artículo 179: Descanso diario por

(31) Ser Familia por Adopción, Licencias laborales para procesos adoptivos, 26/06/2019, <https://serfamiliaporadopcion.org/adopcion-articulos/licencias-laborales-para-procesos-adoptivos/> Fecha de consulta: 18/12/2021.

lactancia o alimentación. El/la progenitor/a o adoptante dispone de una hora para amamantar o alimentar a su hija/o, en el transcurso de la jornada de trabajo e independientemente de la duración de esta, y por un período no superior a un año posterior a la fecha del nacimiento o a la notificación de la resolución judicial que otorga al niño/a o adolescente en guarda con fines de adopción, salvo que por razones médicas sea necesario que alimente a su hija/o por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, la empleadora deberá habilitar salas maternales y guarderías para niñas/os hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

Me permito agregar que será conveniente que este proyecto y aquellos que guarden similitud en sus disposiciones, incluyan las situaciones de vinculaciones preadoptivas con convivencia familiar, con la finalidad de que los 100 días de licencia laboral previstos para la etapa de guarda, sean adelantados y concedidos a continuación de los 15 días proyectados para el período de vinculación.

V. Conclusión

- Si tú me domesticas, entonces tendremos necesidad el uno del otro.

"Tú serás para mí único en el mundo, yo seré para ti único en el mundo..."

"Si tú me domesticas, mi vida estará llena de sol.

- Por favor, domesticame -le dijo (32).

Tal como he señalado en otra publicación, en los sistemas legales modernos, la filiación adoptiva tiene un carácter dual, porque es principal y fundamentalmente la forma más completa de protección que prevé el derecho de familia para los NNA privados del cuidado de sus progenitores, y es al mismo tiempo la forma de concretar el proyecto de ser padre o madre por adopción

para quienes decidieron asumir esta responsabilidad parental y fueron debidamente evaluados y seleccionados por el Estado. Son, a mi juicio, dos caras de la misma moneda, ya que, en definitiva, se trata de la protección integral de la familia (art. 14 bis CN), tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “S., C. s/adopción” (2005). El referido carácter dual conlleva que el respeto por la dignidad y los derechos de los aspirantes a adoptar redunde en directo beneficio del niño en situación de adoptabilidad que se vincule con ellos, y afecte positivamente el desarrollo del proceso de vinculación para adopción (33).

Las dos caras de la moneda en materia de adopción se aprecian con particular nitidez respecto de las licencias laborales para adoptantes.

Las licencias laborales para padres que transitan procesos de adopción son en la actualidad deficientes e inadecuadas, tanto para trabajadores del sector público como del privado. Los casos en los que son inexistentes, su ausencia reviste singular gravedad en la etapa de vinculación preadoptiva, primordial para la generación y afianzamiento del vínculo familiar. En palabras del Dr. López Mesa vertidas en una resonada sentencia sobre adopción: “las decisiones que se tomen en esta materia deben procurar facilitar la integración del niño en el seno de su nueva familia y evitar trastornos y desencantos. Y, consecuentemente, debe procurar que el vínculo deje de ser ficticio o gramatical y pase a

(33) Cfr. MARRAMA, S., “Acceso previo y abierto a la información sobre el proceso diagnóstico de los indicadores de la capacidad de procrear de las personas que desean adoptar” [en línea]. Perspectivas de la Ciencias Económicas y Jurídicas. 2021, 11 Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11823> En el mismo sentido cfr. MARRAMA, S., “La filiación adoptiva de tipo pleno en diversos países americanos” [en línea]. Revista de derecho de familia y de las personas: sucesiones, personalismos, bioética, derecho médico. 2021, mayo-junio. Edit. La Ley. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11779>; MARRAMA, S., “La filiación adoptiva plena como tipo privilegiado” [en línea]. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. 2021, 3. Edit. Erreius. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11411>; MARRAMA, S., “Filiación adoptiva y subrogación de vientres” [en línea]. Anales. Institutos. 2020, 47. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11081>

(32) Saint Exupéry. El Principito. Cap. XXI.

ser todo lo verdadero que sea capaz de tornarlo el afecto de los involucrados...” (34).

El recurso fundamental en esta etapa de vinculación preadoptiva, además del acompañamiento de equipos profesionales especializados en el tema, es el del tiempo compartido.

Las licencias laborales para adoptantes no pueden quedar libradas a la discrecionalidad y buena voluntad de los empleadores. Es deber del Estado garantizarlas en aras del interés su-

(34) Cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, “M., R. I. y Otra s/ Adopción”, 06/08/2009, Voto del Dr. Marcelo J. López Mesa.

perior de los NNA privados de cuidados parentales y de su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

En este sentido, entiendo que el Proyecto de ley 2918-D-2020 constituye el puntapié inicial para que la normativa laboral contemple adecuadamente la situación de quienes deciden formar una familia por adopción.

En este sentido, entiendo que el Proyecto de ley 2918-D-2020 constituye el puntapié inicial para que la normativa laboral contemple adecuadamente la situación de quienes deciden formar una familia por adopción.

La denuncia de violencia como acto violento en sí mismo

Daniel Luján (*)

Las leyes de protección contra la violencia familiar, doméstica y la mujer, tienen un sentido estrictamente cautelar, y que consiste en erradicar y prevenir la producción de nuevos episodios agresivos en cualesquiera de sus formas.

El ángulo del presente trabajo viene como esbozo de análisis de una situación que a priori, suele presentarse en algunos, y solo algunos casos. Trataremos de enfocarnos desde el otro costado de la relación afectiva. No resulta ser un contrapunto ni mucho menos un desaliento a realizar las denuncias que correspondan siempre que haya mediado alguno o algunos de los supuestos tutelados por la ley.

Mucho se ha escrito en relación a las necesidades y derechos que tiene la víctima de violencia, la necesidad de contar con un patrocinio letrado, y la consecuente asistencia terapéutica cuando ello así se requiera en conjunción con la actividad jurisdiccional rápida y efectiva. Cuando ello ocurre en esta sintonía no debiera existir conflicto ente el ciudadano y el órgano judicial trabajando juntos en una problemática cada vez más preocupante.

También es cierto que, las relaciones afectivas se modifican, evolucionan, y transforman a una velocidad tal, donde el derecho necesariamente debe replantearse la efectividad de su función y participación sin caer en la automatización de lo denunciado y lo resuelto. Se trata de llevar adelante un análisis coyuntural, generarnos nuevos interrogantes que nos lleven a quizá nuevas respuestas.

En la vorágine en que el derecho familiar avanza, los nuevos paradigmas y existencia ya de un verdadero derecho familiar constitucio-

nal, derecho procesal familiar, entre otras disciplinas tan vigentes, resulta prudente —en estos nuevos tiempos— cuestionarnos si la urgencia cautelar debe o no debe ser revisable. Ya en mi anterior trabajo “La inconveniencia del levantamiento de las medidas cautelares en los procesos de violencia familiar”, planteo una duda, una nueva pregunta: ¿ese levantamiento realmente ayuda a quien denunció? Y si así lo hiciera, ¿con qué alcances? Va de suyo que todo a observación doctrinaria se efectuó desde el punto de vista de la víctima como principal protagonista de la solicitud.

Por supuesto que aún es mi convicción que las medidas cautelares no deben dejarse sin efecto, sin antes asegurar al Juez y a la propia víctima que se trata de un acto celebrado discernimiento, intención y libertad. No sería descabellado concluir en la probabilidad que —dado el objeto de la materia— alguno de estos elementos pudiere estar ausente.

Sin embargo, a todo lo escrito ya por las leyes, tratados y la propia doctrina, sobre qué debe ser considerado acto violento, hoy pongo en análisis uno más. Que por pequeño e invisible poco se ha trabajado en ello.

Los estudios celebrados por diferentes universidades y los centros de observación especializados denotan que, muchas denuncias efectuadas se correspondían con arrebatos, actos precipitados y pasionales, falsas acciones tendientes a satisfacer un apetito de venganza, mal asesoramiento, entre otros.

Los porcentajes y estadísticas nos revelan dos puntos de vista que debemos analizar por separado: por un lado la denuncia realizada —independientemente del género— sin argumentos sólidos, verídicos o al menos, en colisión con el

(*) Abogado UNMDP, doctorando. Docente de la UAA.

derecho y la verdad. Aquí nos detenemos; la denuncia de violencia obrada conforme alguno de los supuestos enunciados en el párrafo anterior es un acto jurídico violento en sí mismo, y como tal deber repelido por las leyes, tanto familiares como penales.

Ya la magistratura ha avisado a través de sus resoluciones que las denuncias en las cuales se solicita la intervención y protección judicial deben ser llevadas a cabo con mucha responsabilidad ciudadana, no solo porque se pone en marcha todo el ordenamiento judicial sino, destinándole recursos económicos y humanos, sino también porque el abuso de la denuncia para fines distintos que los que el propio espíritu de la ley conlleva, implica un acto jurídico reprochable penalmente cuando se actúa con falsedad.

Entiendo que la responsabilidad de los jueces debe ser un poco más concreta que realizar un simple aviso. Principalmente, porque no existe una equidad entre las consecuencias del que denunció sin argumentos y la sanción que recibe el señalado como victimario.

Resulta imprescindible poner atención a ello, porque cualquier acción policial y judicial generada con presupuestos distorsionados de lo

ocurrido en el seno doméstico, facilitan —en su contexto— la creación de trabas que resuenan en los cuidados parentales, el régimen de comunicación, la petición de cuota alimentaria etc., cuando haya niñas y niños de por medio. O mismo, en sanciones que atribuyan la razón para petitionar una exclusión del hogar.

Sabemos que la ley per se, goza de ese carácter provisional y cautelar que da acción para revertir cualquier decisión en estos aspectos. Aquí me permito una conclusión más sociológica, cultural, de identidad misma. Porque en el “mientras tanto” también se genera un daño, o como dije, violencia judicial en manos del o la denunciante sabiendo que no tiene razones ni argumentos para efectuar la denuncia.

Cuando existen tantos bienes jurídicos protegidos, y todos ellos tan sensibles, la prudencia y la confianza de las decisiones judiciales debe ser la mejor herramienta para concientizar en relación a la gravedad cuando se denuncia un hecho violento; como así también existe la obligación de todos los justiciables y de la impertinencia de las denuncias sin sustento. Ante esto último, existe la posibilidad de elevar los antecedentes a la justicia penal y aplicar cualquiera de las sanciones y apercibimiento que la ley contra la violencia familiar y doméstica imponen.

El administrador judicial en la sucesión

Juan José Guardiola (*)

Sumario: I. Naturaleza jurídica de la figura del administrador.— II. Designación.— III. Condiciones y modalidades.— IV. Garantías.— V. Remoción.— VI. Medidas urgentes.— VII. Funciones.— VIII. Rendición de cuentas.— IX. Gastos.— X. Remuneración.—

La insuficiente regulación que tenía el Código de Vélez de la administración (y eventualmente disposición) de los bienes que integran el acervo sucesorio desde el fallecimiento del causante hasta la partición que pone fin al estado de indivisión, que se reducía al art. 3451, determinó que la materia fuese relegada en gran medida a los ordenamientos procesales locales. Frente a la realidad de que ese período al prolongarse —a veces más que lo deseado— hacía necesaria su regulación, el Código Civil y Comercial trae un desarrollo mucho más completo y diferenciado según se trate de la gestión de la administración hasta el inicio del proceso sucesorio (Capítulo 1 del Tít. VI Libro Quinto arts. 2323 al 2329) y en su transcurso (Capítulo 4 —arts. 2345 al 2355— Capítulo 5 —arts. 2356 al 2360— y Capítulo 6 —arts. 2361/2362— del Título VII del mismo Libro). Este trabajo se limitará a esta última; o sea, la administración judicial de la herencia.

Liminarmente es de señalar que ninguna violación existe a las facultades provinciales no delegadas (art. 121 CN), ya que, como ha reconocido la Corte Suprema (1), la legislación de fondo (art. 75 inc. 12) cuenta con la facultad de

la reglamentación de aspectos procesales, con el fin de asegurar la eficacia de las instituciones allí reguladas y en tanto esa naturaleza es de aplicación inmediata (2). Ello más allá de que la administración de la herencia —igual que la del condominio o de la indivisión poscomunitaria— en sus aspectos centrales no debe ser considerada una cuestión procesal, sino sustantiva.

I. Naturaleza jurídica de la figura del administrador

Para algunos (3) se trata de un delegado del juez. No es un representante de la sucesión, ya que esta carece de personería jurídica, de un mandatario o representante de los herederos, ya que puede ser designado aun con disconformidad de ellos. Del juez depende su nombramiento y control, sin perjuicio de que los interesados pueden recamar al respecto (4). Para otros “solamente conlleva la unificación procesal, a los fines de centralizar en cabeza de alguien los actos de administración” (5) o “es un repre-

(1) Fallos 138:157; 141: 254; 162:376; 247:524.

(2) KEMELMAJER de CARLUCCL, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, p. 109 y ss., 168/9.

(3) V.gr. MEDINA, Graciela, “Proceso sucesorio” Rubinzal-Culzoni, 4ª ed., t. II p. 73; CÓRDOBA Marcos M.; VANELLA, Vilma R., “Administración de la sucesión”, DFyP 2013 (agosto), 159.

(4) GOYENA COPELLO, Héctor R., “Curso de Procedimiento sucesorio”, La Ley, 10ª ed. actualizada, p. 258.

(5) SOLARI, Néstor E., “Manual de Sucesiones”, La Ley, p. 143.

(*) Abogado (Diploma de Honor UCA). Escribano (UNNOBA). Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín (Bs. As.). Asesor académico del Consejo de la Magistratura, Pcia de Bs. As. Profesor titular ordinario “Derechos Reales, Registral y Derechos Intelectuales” (UNLZ - UNNOBA). Exprofesor de esa materia (UCA - UAustral - UCA Salta). Autor de libros y artículos de doctrina. Disertante y profesor de posgrados y especializaciones.

sentante legal de los sucesores, considerados individualmente, que cumple una función en el marco de un proceso judicial, cuyas facultades consisten en la realización de todos aquellos actos conservatorios de los bienes indivisos y los que hubieren sido decididos en forma unánime por dichos sucesores o por el juez, conforme a las previsiones de la ley, con miras a liquidar y partir la masa hereditaria” (6).

II. Designación

a) *Dativa*: Efectuada por el causante a través de su testamento (art. 2347), la que queda firme con su aprobación, sin perjuicio que deba ser ratificada (7) en esa oportunidad por el juez y aceptar ante él el cargo. Sostiene Ferrer (8) que en su interpretación en correlato con el art. 2529, solo es procedente cuando no hay herederos legales o instituidos, universales o de cuota, ya que estos son los dueños y administradores naturales de la herencia, por lo que pueden designar en tal caso otro administrador. Goyena Copello (9) entiende que el albacea podría oponerse al incumplimiento de la manda testamentaria, si fueran atendibles los motivos de su nombramiento por el causante. El albacea o el ejecutor testamentario solo podría serlo si no hay herederos, salvo que estén en forma unánime de acuerdo en que ejerza esa función (10). Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe 2019) concluyeron “El albacea debe ser considerado administrador cuando además es instituido heredero (art. 2347) o cuan-

do no hay herederos (art. 2529). Caso contrario, será administrador cuando la mayoría lo acepte como tal (11). La mayoría podrá proponer el nombramiento de otro administrador, dando garantías suficientes a acreedores hereditarios y legatarios (arg. arts. 2528 y 2346)” (Mayoría 16. Abstención 2).

b) *Extrajudicial*: de hecho (arts. 2325 y 1319) o por decisión expresa de los herederos legales o instituidos (art. 2346 1ª parte).

c) *Judicial*: la que según los códigos procesales será provisional o definitiva, según el tiempo de su función, anterior o posteriormente al dictado de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento en cuanto a sus formas. La diferencia radica en la certeza del carácter de herederos que participan en su nombramiento.

La mayoría es la que resuelve su nombramiento (algunos códigos procesales ya lo contemplaban así —vgr. 352.2 La Rioja—, en tanto otros exigían unanimidad). Si bien no aclara a qué tipo de mayoría refiere, si de personas o de porciones hereditarias, como expresamente indicaba el Proyecto de 1998 (art. 2297) (12), se entiende que es de última clase (13). Debe incluirse la porción que le corresponde al cónyuge supérstite sobre la masa ganancial, que se ha de partir en el proceso sucesorio del cónyuge prefallecido; y que no constituye una porción hereditaria, sino la cuota de gananciales que le corresponde según el régimen de comunidad de ganancias (14).

(6) OKULIK, Verónica N., “Funciones y naturaleza del administrador judicial de la herencia”, LA LEY, 2020-A, 711.

(7) AZPIRI, Jorge O., “Derecho sucesorio”, Hammurabi, 5ª ed., p. 174.

(8) FERRER, Francisco A.M., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, ALTERINI, Jorge. H. (dir. gal.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. XI, ps. 367/8.

(9) *Ibidem*, p. 259.

(10) FARAONI, Fabián; FUENTES, Juan, “Derecho de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994”, LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián (dirs.), Rubinzal-Culzoni t. I, p. 360; FERRER, Francisco; CORDOBA, Marcos M.; NATALE, Roberto M., “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, DFyP 2012 (octubre), 127, TR LALEY AR/DOC/4864/2012.

(11) No parece que haya sido el propósito del legislador generar un albacea administrador con desplazamiento de los herederos, que son quienes adquieren la herencia transmitida desde la muerte (art. 2277, Cód. Civ. y Com.). El Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial del año 2018, Comisión Pizarro-Rivera-Botana, propuso agregar un párrafo final al art. 2347 que decía: “El albacea puede ser nombrado administrador cuando no existan herederos, o cuando, si existieren, ellos no se opongan a la designación efectuada por el testador”.

(12) También aclaran expresamente que es calculada según el valor de las cuotas el art. 1105 del Codice Civile italiano y el art. 398 del Código Civil español.

(13) CNCiv., sala G, “A., A. y otro s/sucesión ab intestato”, 4/2/2016, LA LEY 19/4/2016, 5.

(14) FERRER, Francisco A.M., *ob. Cit.*, p. 363.

El art. 2° autoriza la aplicación analógica del art. 1994 (15), que regula la administración en el condominio al establecer en su segundo párrafo que la mayoría absoluta de los condóminos es computada según el valor de las partes indivisas, aunque corresponda a uno solo.

En las X Jornadas de Derecho Civil de 1985, se había concluido que “para la designación de administrador judicial de la herencia se toma en cuenta la mayoría de capital y no de personas”.

Esta mayoría podrá designar a uno de ellos o a un tercero como administrador.

A falta de ella, tal como establecía la mayoría de los códigos procesales, en primer lugar tiene preferencia para la designación el cónyuge sobreviviente y a falta, renuncia o carencia de idoneidad de este último, el juez designará al heredero que considere más apto o si existen razones especiales (16) a un tercero. La preferencia del cónyuge se debe a que su interés casi siempre es prevaleciente en tanto se liquida no solo la masa hereditaria, sino

(15) CÓRDOBA Marcos, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Rubinzal-Culzoni, t. X, ps. 636-637.

(16) Por regla se entiende que siempre es mejor administrador aquel que actúa sobre bienes que, aunque sea en parte, son propios. Cam. Apel. Civil y Comercial de Jujuy, sala I, “Murillo, José René”, 05/04/2010, TR LALEY AR/JUR/13634/2010: “También el Superior Tribunal de Justicia se ha expedido sobre la designación de extraños como administrador de una sucesión: “El artículo 451 del Código Procesal Civil, establece que admitida la necesidad de la designación y no habiendo acuerdo, el juez nombrará administrador al cónyuge o al heredero más apto y que ofrezca más garantías para el desempeño del cargo. De las normas glosadas surge evidente que en la administración de la sucesión debe preferirse a los herederos y solo por “razones especiales” —dice la norma adjetiva—, es decir, serias, graves y demostradas, se encomendará la administración a un tercero. La jurisprudencia es concordante en el sentido de que la designación de un extraño como administrador de un sucesorio constituye una medida de excepcional gravedad que los jueces deben tomar con la mayor prudencia, pues la designación debe recaer en un heredero y solo ante motivos serios que hagan inconveniente la designación de este, se podrá recurrir a un tercero para el ejercicio de dichas funciones (Cfr. SALAS - TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA “Código Civil anotado”, actualización, t. 4 - B, p. 178)” (La Ley 44; 500)”

también la ganancial (17). Empero se trata simplemente de una preferencia y no de un privilegio que pueda invocarse cuando se pone en peligro, por incompetencia o inhabilidad, intereses de terceros (18). Uno de los elementos a ser meritado, además, es si la administración hubiese sido ejercida de hecho por alguno de ellos sin haber merecido reproche fundado del resto (19). Cuando existieren razones graves que revelen que el propuesto por la mayoría pueda ir en desmedro de los intereses de la minoría, el magistrado puede designar a un tercero a fin de evitar conflictos que afecten, en definitiva, a la buena administración (20). Lo mismo ocurre por circunstancias de complejidad de los bienes o de manejo societario o empresarial que presente la sucesión en trámite (21).

(17) En general también es el que mejor conoce el manejo de esos bienes por haberlos administrado, o haber estado en contacto con esa administración, a veces colaboró a formar o adquirir (HERNÁNDEZ, Lidia B. - UGARTE, Luis A., “Sucesión del cónyuge”, Universidad, 1996, p. 138).

(18) CNCiv., sala J, “F. T., G. A. s/suc.”, 09/05/2006, LA LEY, 2007-B, 517; SALA SARMIENTO, Cristian M., “Código Civil y Comercial anotado y comentado”, CURÁ, José María (dir.), Ed. La Ley, t. VII, p. 168.

(19) CÓRDOBA, Marcos M., “Administración judicial de la herencia”, RDP Rubinzal-Culzoni, 2018-1, p. 111.

(20) CNCiv., sala A, “Ferro, Andrés s/suc.”, 09/08/2004, LA LEY, 2004-E, 675: “Si bien la designación de administrador en el proceso sucesorio debe recaer en las personas enunciadas en el art. 709 del Cód. Procesal, se ha admitido excepcionalmente el nombramiento de un tercero no heredero, cuando existen serias discrepancias entre los sucesores o estos no son lo suficientemente idóneos para desempeñar el cargo”. CNCiv., sala B “M., M. y otro s/ sucesión ab-intestato”, 13/03/2020, TR LALEY AR/JUR/9600/2020 “La designación de un tercero para ejercer la administración definitiva del acervo hereditario es procedente, cuando resulta conveniente para el normal desarrollo de las actividades concernientes a esa función; en especial procede si los herederos tienen intereses contrapuestos o existen discrepancias que pueden generar conflictos entre ellos”. CCiv. y Com. Corrientes, sala IV, “Demetrio, Odisea Tito”, 10/07/2008, TR LALEY AR/JUR/7762/2008 “Ante la aparición de una heredera extramatrimonial del causante, resulta procedente designar a un tercero no heredero como administrador de la sucesión, ello atento la marcada división de intereses que separa a los hijos matrimoniales del causante con la hija extramatrimonial de aquel”.

(21) LLOVERAS, Nora B. - ORLANDI Olga E. y FARAO-NI, Fabián E., “Código Civil y Comercial de la Nación

III. Condiciones y modalidades

Tratándose de personas humanas, deben ser plenamente capaces (arts. 22,23 y conc.). También pueden serlo personas jurídicas autorizadas por la ley o por los respectivos estatutos para administrar bienes ajenos (22) (art. 2345).

Puede ser individual o plural; y en este último supuesto, de no ser una designación supletoria, de actuación conjunta o simultánea con ámbitos de actuación específicos (art. 2348). Si se dispuso su actuación conjunta, será necesaria la intervención de todos los administradores designados para el otorgamiento del acto de administración. Si, en cambio, fuere indistinta, cualquiera de ellos tendrá legitimación suficiente para celebrar el acto en cuestión. De ser de actuación conjunta, sería aconsejable designar un número impar a fin de facilitar la toma de decisiones (23).

Estas posibilidades resultan muy convenientes cuando se trata de administrar un gran patrimonio, con bienes situados en distintas zonas geográficas o que incluye actividades muy específicas como una explotación vitivinícola o minera (24).

El art. 451 *in fine* del Cód. Procesal de Jujuy ya contemplaba la posibilidad de encomendar la administración al Banco de la Provincia. Y el de La Rioja (art. 352. 2): “excepcionalmente podrá designarse en tal calidad a un tercero extraño, que podrá ser una institución bancaria o un ente público, debiéndose efectuar la designación por auto fundado”.

IV. Garantías

No está obligado a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, excepto que así lo hubiese

Comentado”, HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.), Infojus, t. VI, p. 93.

(22) Su fuente es el art 783 del Código Civil de Quebec que dice: “Toda persona plenamente capaz del ejercicio de sus derechos civiles puede ejercer el cargo de liquidador. La persona jurídica autorizada por la ley a administrar bienes ajenos puede ejercer el cargo de liquidador”.

(23) DEGANO, Germán Augusto; TAGLIANI, María Soledad, “La administración de la sucesión tras el Código Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni RDP 2018-1, p. 154.

(24) PANDIELLA MOLINA, Juan Carlos, “Administración de la sucesión: renuncia del cónyuge supérstite. Falta de acuerdo”, DFyP 2016 (agosto), 195.

dispuesto el testador, la mayoría de los coherederos o el juez ha pedido justificado de algún interesado (art. 2350).

Algunos códigos procesales lo exigían de modo general (Jujuy art. 451; La Rioja art. 352.3); otros, si fuese un tercero (Córdoba art. 701; Santa Fe art. 619). Tales disposiciones quedan modificadas de la forma antedicha.

V. Remoción

Según el art. 2351 todo interesado puede pedir la si existiese imposibilidad de ejercer el cargo (razones de salud, incapacidad) o mal desempeño del cargo (arts. 741, Cód. Proc. Civ. Nación; 738, Salta; 688, Chaco, ley 2559, año 2016; 698, Santa Cruz, ley 3453), que se configura por negligencia, incuria, grave inconducta, etc., en el cuidado y administración de los bienes hereditarios. La falta de rendición de cuentas cuando es intimado el administrador (provisorio o definitivo) encuadra en la causal; lo que está contemplado expresamente por el art. 356 del Código procesal de La Rioja, con pérdida del derecho a remuneración. También, y está expresamente prevista, la omisión de constituir garantía si fue exigida por el testador o la mayoría de los herederos, u ordenada por el juez ha pedido justificado de algún interesado (art. 2350).

En tal caso, según disponen los ordenamientos procesales, la remoción se sustanciará por el trámite de los incidentes.

También puede ser dispuesta de oficio por el juez (arts. 714, Cód. Proc. Civ. Nación; 749 Cód. Proc. Civ. Bs. As.; 738, Salta; 732, Santiago del Estero; 714, Corrientes; 743, Entre Ríos; 688, Chaco; 740, San Luis; 707, San Juan; 690, La Pampa; 749, Formosa; 742, Misiones; 688, Tierra del Fuego; 740, Catamarca), si el mal desempeño es grave y manifiesto.

Igualmente puede ser resuelta sin motivo por los copartícipes, que resuelvan su sustitución (25). Los ordenamientos procesales que exigen unanimidad para, ello como consecuencia

(25) DI LELLA, Pedro, “La administración de la herencia en el Código Civil y Comercial”, RDF 69, 179 entiende que ya no tiene apoyo la jurisprudencia que requería la existencia de causas graves. En contra LLOVERAS-ORLANDI-FARAONI, ob. cit., p. 98.

de la previsión que así la establecía para su designación (vgr. arts. 714, 709 Cód. Proc. Civ. Nación; 743, 738, Entre Ríos; 732, 727 Santiago del Estero, etc.), a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial quedan modificados por la regla de la mayoría (art. 2346), excepto que en la designación hayan previsto un modo de reemplazarlo diferente (26). Pérez Lasala (27), en una posición completamente opuesta, considera que, al no estar expresamente prevista la sustitución, media una imposición legal para hacerla, aunque los ordenamientos procesales la permitan.

VI. Medidas urgentes

El art. 2352 contempla la posibilidad de que, no existiendo aun administrador o estuviere en trámite de reemplazo, cualquier interesado [heredero, legatario, acreedor, ampliando así la legitimación en relación al art. 2327 (28)] pueda solicitar al juez medidas urgentes tendientes a asegurar sus derechos. Apunta Ferrer (29) que esta disposición es superflua, ya que según disponen los ordenamientos procesales está la figura del administrador provisorio, que también es una alternativa en caso de remoción — parte final del art. 2351— y aun antes de la apertura del proceso judicial está el art. 2327.

VII. Funciones

VII.1. *Facultades*

La administración no tiene por fin necesario, como en el caso del patrimonio particular, producir ganancias, sino que tiende a lograr el

(26) De acuerdo AZPIRI, ob. cit., p. 176 y DI LELLA Pedro, ob. cit. Los códigos procesales reformados posteriormente al Código Civil y Comercial así lo establecen: el de Chaco (art. 688) dice que la sustitución del administrador se hará de acuerdo con las reglas estipuladas para su designación; y el de Mendoza (art. 340 III) dispone “En cualquier momento los herederos declarados, por mayoría de capitales, podrán sustituir al administrador”. GOYENA COPELLO, ob. cit., p. 295 sigue refiriéndose al acuerdo de todos los herederos. También DEGANO-TAGLIANI, ob. cit., p. 170; MEDINA Graciela, ROLLERI, Gabriel, “Derecho de las sucesiones”, Abeledo Perrot, p. 332.

(27) PÉREZ LASALA, José Luis, “Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994”, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 642.

(28) FARAONI-FUENTES, ob. cit., p. 367.

(29) Código citado t. XI p. 380.

mantenimiento adecuado de la integridad de la herencia conforme a la naturaleza de los bienes que integran el caudal, y hasta que llegue el momento de la partición (30). Ahora bien, como apunta Pérez Lasala (31), el administrador judicial tiene más autonomía que los herederos que administren extrajudicialmente, por su designación con aprobación judicial.

En primer lugar, digamos que: 1) Actos conservatorios son aquellos que tienden a la preservación de los bienes que, de no ser realizados, produciría un deterioro en la integridad y/o valor de ellos. 2) Actos de administración cuyo propósito es la evolución de los bienes hacia su fin productivo, obteniendo los beneficios que normalmente de ellos se obtiene de acuerdo con su naturaleza y destino; y 3) Actos de disposición son aquellos que alteran, modifican —aunque no haya disminución o aumento— la esencia del patrimonio sobre el que se los ejecuta (32) o que lo comprometen por largo tiempo.

(30) GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M. “Administración de la herencia. Con especial referencia a las facultades para estar en juicio del administrador judicial”, LLLitoral 2016 (septiembre), 451. Explicaba PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de derecho civil”, Bosch, 1961, t. V, vol. I, p. 419 que la herencia no estaba concebida como un patrimonio en liquidación, sino en conservación, para facilitar el cambio de titular. 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015) “Las funciones del administrador se reducen a los actos conservatorios, a la continuación del giro normal de los negocios del causante y a la enajenación de los muebles perecederos, de rápida depreciación o de conservación onerosa (art. 2353); los actos de disposición están excluidos, excepto que medie autorización judicial o de los copartícipes por acuerdo unánime”, CNCiv., sala I, “Suppa, Osvaldo Sergio s/ Sucesión testamentaria”, 02/07/2018, TR LALEY AR/JUR/27111/2018 “La designación de un administrador judicial de la sucesión se explica por la necesidad de concentrar en una sola persona la realización y la responsabilidad de ciertos actos indispensables en el manejo de los bienes, por lo que solo tendrá facultades para realizar actos conservatorios de los derechos e intereses de la comunidad y, en general, aquellos actos indispensables para la conservación de los bienes indivisos dentro de un estricto concepto de utilidad”.

(31) PÉREZ LASALA, José Luis, ob. cit., p. 646/7. También SANTI, Ana C., “Algunas reflexiones en torno a la administración de la herencia a cinco años de la vigencia de Código Civil y Comercial” en Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, diciembre 2020.

(32) RUSSO, Federico, “Particularidades en la indivisión hereditaria. La administración”, RDF 2017-III, 29.

Entre los actos conservatorios que están a cargo del administrador y facultado a hacer por sí solo (art. 2353) están las reparaciones urgentes, el pago de impuestos, contestar un pedido de quiebra, promover interdictos, etc.

También se admitió como acto conservatorio disponer de fondos de las cuentas del causante para el pago de tasa judicial e impuesto sucesorio necesario a fin de poder avanzar en la partición.

Entre los actos de administración ordinaria, que según el mismo artículo debe realizar sin necesidad de autorización, queda incluía la continuación del giro normal de los negocios del causante (v.gr. una explotación agropecuaria o industrial), gestión del patrimonio que comúnmente conlleva actos que exceden notoriamente lo conservatorio (pagar salarios, adquirir insumos, vender cosechas, mercaderías, ganado, etc.). Coincidió sin embargo con Degano-Tagliani (33) que para determinados actos (v.gr. contratación y despido de empleados) por un ejercicio de prudencia, a fin de prevenir conflictos y si se cuenta con tiempo suficiente, es aconsejable requerir autorización judicial (o, al menos informar, en el expediente previamente).

En general los ordenamientos procesales disponen que “los gastos extraordinarios o nombramientos de auxiliares serán autorizados por el juez, previo traslado a las partes, salvo que su postergación pudiere irrogar perjuicios, en cuyo caso, después de efectuados, se dará inmediatamente noticia al juzgado” (vgr. art. 747 por remisión al 225 Cód. Proc. Civ. Bs. As.).

En relación con el arrendamiento de inmuebles se sostiene que es un acto de disposición (34), máxime con la legislación actual; incluso su renovación —obviamente no percibir el canon—. El art. 353 de La Rioja establece que “No podrá dar en arrendamiento los bienes de la sucesión, salvo acuerdo de todos los herederos, incluido el Ministerio Pupilar, en su caso, o del juez en defecto de aquellos, debiendo en este caso limitarse el término del arrendamiento hasta la adjudicación de los bienes”. El art. 453 de Jujuy se expide

(33) Obra citada p. 159.

(34) PÉREZ LASALA, ídem N° 466 in fine, p. 651.

de igual forma al establecer que no se podrá contratar arrendamientos de manera que obliguen a los herederos después de la partición y que serán preferidos los herederos, en igualdad de condiciones. Similar es el art. 620 del Cód. Procesal Santa Fe y los art. 704 y 705 del de Córdoba en cuanto no podrá contratar en condiciones que obligue a los herederos después de la partición, siendo preferidos los herederos en igualdad de circunstancias. Los códigos procesales de Chaco (art. 686) y Santa Cruz (art. 696), reformados después del Código Civil y Comercial, disponen que no podrá arrendar sin el consentimiento de todos los herederos.

Respecto a los actos de administración extraordinaria, es decir, aquellos que precisan para su cumplimiento efectuar un acto de disposición y así contar con el efectivo necesario, el último párrafo del art. 2353 dispone que debe promover la realización de los bienes de la herencia “en la medida necesaria para el pago de las deudas y legados”. Para ello, aunque no lo diga expresamente, en tanto aparece un acto de disposición (art. 2354 *in fine*), deberá tener el acuerdo unánime de los herederos o en su defecto autorización judicial.

Siendo la regla general, durante la indivisión hereditaria, la inenajenabilidad, en principio le está vedada la facultad de disponer, ya que requieren consenso unánime de los herederos (art. 1128), que no puede ser suplido por el juez, excepto para actos de administración extraordinaria (35). Sin embargo, tratándose de cosas muebles susceptibles de perecer, depreciarse rápidamente o cuya conservación es manifiestamente onerosa, el artículo habilita su enajenación por parte del administrador sin necesidad de autorización, ya que en rigor constituye un acto conservatorio.

Por último, correctamente dispone el Código Procesal de Mendoza (reformado por ley 9001

(35) El Proyecto de reforma al Cód. Civ. y Com. del año 2018, Comisión Pizarro-Rivera-Botana, propuso modificar el segundo párrafo del art. 2353, consignando de manera expresa: “Para realizar actos de disposición de otros bienes requiere el acuerdo unánime de los herederos. El juez decidirá las contiendas entre los herederos que tengan por objeto exclusivamente actos de administración de bienes de la herencia”, o sea que la falta de acuerdo unánime no puede ser suplida por autorización judicial.

con posterioridad al Código Civil y Comercial) en su art. 343 que “El dinero dejado por el causante y el que el Administrador reciba en su función de tal, serán depositados a la orden del Tribunal, salvo que tuviese que pagar deudas o legados”. Lo cual, con la salvedad de los pagos que debe hacer, resulta conteste con la jurisprudencia anterior (36) y puede ser conveniente para la conformación de lotes en la partición; y sin perjuicio de que dichas sumas (contempladas las cargas de la sucesión) puedan ser objeto de una partición parcial.

VII.2. Legitimación para estar en juicio

Las Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil 1983 habían concluido en que carece de legitimación activa si no existe autorización de los herederos o venia judicial; y que pasivamente la demanda debe hacerse en la persona de los herederos. La jurisprudencia, y la Corte Suprema (37), era incluso más estricta, ya que consideró que la falta de autorización por los herederos no podía ser suplida judicialmente. Solo se exceptuaba de esa regla, cuando se trataba de acciones conservatorias o urgentes, como un desalojo o evitar una prescripción (38).

El art. 2554 exige ahora esa autorización previa del juez o de los copartícipes para continuar, proseguir acciones o el cobro de créditos; y para presentarse en procesos en que el causante fue demandado. Si bien no hace excepciones, de su parte final (“en ningún caso puede realizar actos que importen disposición de los derechos del causante”) en correlato con el art. 2353 se entiende que no precisara de aquellas si la cobranza hace al giro normal de los negocios del causante o se trata de actos conservatorios (las mencionadas, acciones posesorias, etc.) (39). Por ello en relación con la acción de escritura-

(36) MEDINA Graciela, ob. cit., p. 115/117 aunque ella piensa que bien podría ser entregada directamente a los herederos si son capaces y están de acuerdo.

(37) “Bengolea Santiago s/ Suc. c/ Pcia. de Buenos Aires”, 29/4/1982, LA LEY, 1982-D, 461.

(38) GOZAINI, Osvaldo A., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, Ed. La Ley, t. III p. 455; jurisprudencia citada en MEDINA Graciela, “Proceso Sucesorio”, ob. cit., p. 132/3.

(39) FERRER, Francisco, ob. cit., p. 389

ción se ha sostenido (40) que “el administrador de una sucesión se encuentra legitimado para instar un reclamo de escrituración de un bien integrante del acervo hereditario, pues se trata de un acto de administración ordinaria de los negocios del difunto que no requiere autorización judicial ni de los herederos, dado que el inmueble en cuestión fue adquirido mediante un boleto de compraventa cuyo precio fue íntegramente saldado, por lo que no se encuentran comprometidos los bienes de la herencia”.

Como la sucesión no tiene personalidad jurídica, las demandas interpuestas contra el causante deben notificarse personalmente a los herederos o ser continuadas por ellos; de tal forma pueden asumir directamente el carácter de parte o de acuerdo unánime designar al administrador para que los prosiga. De resultar ello conveniente, puede requerirse la autorización judicial para que el administrador ejerza la representación. Debe tenerse presente que no todos los procesos resultan atraídos por el fuero de atracción del sucesorio (doctr. 3284 Cód. Civil y 2336 Cód. Civ. y Com.).

VII.3. Cobro de créditos

También es función propia del administrador. A diferencia del Cód. Civil ya no interesa si son divisibles para legitimar a los herederos a su percepción. Pérez Lasala (41) considera por ello que si se efectuó al heredero en su parte proporcional, dicho pago carece de validez. Ante la falta de precisión del Código Civil y Comercial, Ferrer (42), en opinión a la que adhiero, sostiene que será una cuestión que tienen que arreglar internamente los herederos.

VII.4. Pago de deudas y legados

a) Conforme los arts. 2317 y 2280 (43) los herederos responden con la masa indivisa: las

(40) CCiv, Com. y Lab. Reconquista, “P., S. N. c. R., S. y Otros s/ ord. de escrituración”, 09/05/2016, LLLitoral 2016 (septiembre), 451.

(41) PÉREZ LASALA, José Luis, ob. cit., N° 477 B, p. 660.

(42) FERRER, Francisco, ob. cit., p. 389.

(43) El Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial del año 2018, Comisión Pizarro-Rivera-Botana, propuso sustituir el tercer párrafo del art. 2280 de la siguiente

deudas no se dividen de pleno derecho como sucedía en el Cód. Civil. Recordemos que en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) *de lege ferenda* por mayoría se había recomendado “Los créditos y las deudas sucesorias deben dividirse recién al tiempo de la partición hereditaria”.

Y el encargado de pagarlas es el administrador (arts. 2353 párr. 3ro y 2358). Lógico resulta que primero esté pagar y luego heredar, por lo que la división *ipso iure* de las deudas generaba problemas especialmente en caso de insolvencia de algún heredero.

No existe la aparente contradicción que el art. 2320 podría dar lugar a entender al establecer que el heredero o legatario que paga una porción de las deudas o de los legados superior a su parte tiene acción de reembolso, ya que debe ser interpretado conforme su fuente [art. 829 Código de Quebec (44)], en tanto contempla la situación en el período posterior a la partición en que el administrador finalizó su tarea liquidatoria y aparecen acreedores rezagados.

te manera: “En principio, solo responden por las deudas del causante hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos”; y señalando: “Existe una contradicción en lo que se refiere a la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, entre los artículos 2280 y 2317. En tanto el primero dispone que, en principio, el heredero responde por las deudas del causante con los mismos bienes hereditarios recibidos (responsabilidad cum viribus hereditatis), y solo en caso de enajenación de los mismos, su responsabilidad se convertiría en pro viribus (por el valor de los bienes recibidos), el segundo establece que el heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión solo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos (estableciendo una regla de responsabilidad pro viribus). La solución proyectada unifica el criterio a seguir y se inclina por el de responsabilidad pro viribus en todos los casos. De tal modo, como regla, el heredero responde por las deudas del causante y legados solo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos”.

(44) Art. 829, Código Civil de Quebec. El heredero o legatario particular que han pagado una parte de las deudas y legados superior a sus partes tiene acción contra sus coherederos o colegatarios para el reembolso de lo que excediere sus partes. Sin embargo, solo pueden ejercer la parte que cada uno de ellos hubiera debido soportar personalmente, incluso si se subrogaron en los derechos del que ha sido pagado.

El art. 2356 insinúa un proceso colectivo de liquidación de la herencia al que se le aplicarían subsidiariamente las reglas de la quiebra, pero se quedó a mitad de camino con relación al derecho inglés y francés, al no poseer un régimen de caducidad de la verificación (45) ni suspender las acciones individuales de los acreedores sucesorios (46). Establece que los acreedores que no sean titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión y denunciar sus créditos para ser pagados; y si no están definitivamente fijados, deben hacerlo a título provisional sobre la base de una estimación. No fija plazo, aunque pueda resultar aplicable el de 30 días del art. 2340 (47).

b) Legítimo abono (art. 2357). Si los herederos reconocen en forma expresa y unánime el crédito presentado, se ordena su pago conforme lo establecido en el art. 2358. Las costas en tal caso serán en el orden causado, ya que no existió litigio. El silencio o conformidades parciales equivalen a negativa y el acreedor deberá incoar las acciones pertinentes.

Es un trámite facultativo del acreedor que tiene la ventaja de la economía procesal y de evitar las costas de un juicio, que habilita para oponerse a la ejecución de la partición hasta que sea pagado (art. 2359). También se le reconoce idoneidad, para que los intereses corran desde

(45) GOYENA COPELLO, Héctor, “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, RIVERA, Julio C. (dir.), Abeledo Perrot, p. 1140. El art. 792 del Code Civil francés establece un plazo de 15 meses y a falta de declaración de los acreedores en ese plazo la extinción de los derechos no garantizados.

(46) El art. 792-1 Code Civil francés determina la suspensión y prohibición de inicio de todo proceso de ejecución tanto sobre bienes muebles como inmuebles por parte de los acreedores de la sucesión.

(47) La cuestión sin embargo está muy discutida: En las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe 2019) la moción de lege lata: “Los acreedores hereditarios que no son titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión y denunciar sus créditos a fin de ser pagados, dentro del plazo de treinta días desde la publicación del edicto previsto en el art. 2340.” obtuvo los siguientes votos: A favor 6. En contra 7. Abstención 2; y la que decía “Transcurrido el plazo mencionado, a las denuncias presentadas se aplicarán los efectos del artículo 56 de la Ley 24.522” tuvo 10 votos en contra con solo 2 a favor.

la fecha de su reclamación y para interrumpir la prescripción.

c) Orden. El pago a los acreedores y legatarios en el Código de Vélez (art. 3398) se hacía a medida que se presentaban. El Código Civil y Comercial (art. 2358) remite para los acreedores al orden establecido en la normativa concursal. Pagado ello, se cumplen los legados en los límites de la porción disponible si concurren a la sucesión herederos forzosos. Si hay exceso, los legitimarios tienen la acción de reducción, a los fines de proteger la legítima. Primero se satisfacen los que según el testamento haya dispuesto el causante tengan preferencia; luego los de cosa cierta y determinada; y finalmente los demás legados, pagándose los de la misma categoría a prorrata.

Habrá que atenerse, entonces, a los privilegios especiales y a los generales (art. 2579). Por ejemplo, tienen privilegio general los gastos funerarios, los gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida (art. 246, inc. 3º, Ley de Concursos).

No obstante este orden, para muchos autores al no haberse fijado plazo ni sanción, el administrador deberá seguir pagando a medida que se presenten como era la regla en el Cód. Civil (48). Otros (49), en cambio, consideran que, conforme la regulación concursal, el administrador debe presentar un proyecto de distribución según el rango de preferencia de créditos y legados; y los que se presenten posteriormente deberán promover un incidente de verificación tardía y cobrar, si queda algún remanente (sin perjuicio de lo que se dice en el párrafo siguiente), ya que los pagos anteriores quedan firmes y válidos. Todo ello al margen de si en los respectivos juicios llegaron a ejecutar los bienes hereditarios.

(48) V.gr. PÉREZ LASALA, ob. cit., p. 670, AZPIRI, ob. cit. p. 184. Como dicen LLOVERAS-ORLANDI-FARAONI, ob. cit., p. 103, el mayor orden y claridad al proceso que significa el deber de presentarse “no implica diferir el pago de otro acreedor cierto que así lo requiera sujetándolo a la eventual presentación de todos los acreedores, dado que en dicha hipótesis el pago igual deberá concretarse”.

(49) FERRER, Francisco, ob. cit., p. 403/404.

Si con posterioridad apareciere algún acreedor rezagado reclamando su crédito, puede hacerlo hasta un año (en el Código Civil era de 3 años) después al pago del legado (caducidad establecida por el art. 2319), siendo responsable hasta el valor de lo que recibió. Antes de dirigirse contra los legatarios, se ha sostenido que debe excutirse a los herederos respecto de los bienes que hubieren recibido (50).

No se incorporó una disposición similar al art. 3397 Cód. Civil que permitía a los acreedores del causante oponerse al pago a otro acreedor. De allí que se haya sostenido que si la sucesión no es manifiestamente solvente, el administrador no debe hacer ningún pago hasta la realización y aprobación del inventario y avalúo; y de ser una sucesión insolvente, solicitar su concurso. Así lo establecía el art. 2308 del Proyecto de 1998 al prescribir que si la solvencia de la herencia no es manifiesta, el administrador no puede pagar las deudas ni los legados hasta pasados sesenta días de la realización del inventario y avalúo; o de su aprobación, si mediaron impugnaciones. Y el art. 2309, si los bienes de la herencia no fuesen suficientes para el pago de las deudas, el administrador no puede hacer ningún pago y debe solicitar el concurso de la sucesión.

Debe tenerse presente que “si luego de la partición aparecen nuevos acreedores del causante (acreedores tardíos), el heredero responderá con el valor de los bienes recibidos, transformando la responsabilidad *cum viribus* en *pro viribus*” (51).

(50) SOLARI, Néstor, ob. cit., p. 100. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M. “Nueva regulación para liquidar el pasivo hereditario en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2015 (septiembre), 117: “Si el administrador judicial hubiera liquidado el pasivo, cumplido con los legados y rendido y aprobado las cuentas y luego se hubiera producido la transmisión a los herederos, el acreedor tardío deberá excutirlo previamente y, en caso de negativa, dirigirse contra los legatarios hasta el valor de lo que hubieran recibido. Dicha acción contra los legatarios caduca al año contado desde el día en que cobran sus legados (art. 2319, Cód. Civ. y Com.), a diferencia de la norma civil derogada que establecía un plazo de tres años, conforme el art. 3398 CC”.

(51) PÉREZ LASALA, Fernando “Comentario al art. 2317 “Código Civil de la Nación Comentado”, RIVERA, Julio C.; MEDINA, Graciela (dirs.) La Ley, t. VI, p. 135. Sin embargo, en el Tratado N° 484 p. 671, dice, sin hacer distinción alguna, que, cuando ya no hay bienes en la su-

Todo esto da lugar a un panorama inseguro respecto a la liquidación del pasivo.

VII.5. Oposición a la entrega de bienes

El art. 2359 amplió en relación al art. 3475 Cód. Civil la legitimación de quienes pueden oponerse a la entrega de los bienes a los herederos, incluyendo, además de los acreedores del causante, a los acreedores por cargas de la sucesión y a los legatarios, hasta no verse satisfechos. Debe tratarse de acreedores “reconocidos” y de legatarios no cuestionados por los herederos (52). Asimismo este derecho puede ejercerse en cualquier etapa y no necesariamente en la de partición (53).

También puede formularse en relación con cualquier venta de bienes que decidan los herederos (54).

Aunque esta oposición no se vincula con el pago de créditos y legados que habilitaban los arts. 3397 y ss. del Cód. Civil, Gitter (55) la hace extensiva a esos supuestos.

VII.6. Masa indivisa insolvente

Los coherederos pueden peticionar el concurso preventivo; y al igual que los acreedores, la quiebra (art. 2360; arts. 2, 8 y 77, 83 de la ley 24.522). Apuntan los Alterini (56) que, conforme el precepto, no sería necesaria la iliquidez

cesión, no tienen acción ni contra el heredero ni contra los acreedores pagados, quedándole solo acción contra los legatarios.

(52) FARAONI-FUENTES, ob. cit., p. 379.

(53) AZPIRI, ob. cit., p. 185.

(54) El XIX Congreso Nacional de Derecho Registral (Mar del Plata 2017) por unanimidad resolvió que “el acto de disposición otorgado por todos los herederos declarados o instituidos a favor de un tercero no requiere partición”.

(55) GITTER, Andrés, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” RIVERA, Julio C.; MEDINA, Graciela (dirs.), La Ley, t. VI, ps. 217/218.

(56) ALTERINI J.H. y I.E. en comentario al art. 2360, p. 409.

financiera o cesación de pagos, bastando la insuficiencia patrimonial (57).

Si del inventario de activo y pasivo resulta que la sucesión es insolvente, el administrador no debe hacer pagos y requerir el concurso (preventivo o quiebra), previa autorización judicial.

Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe 2019) concluyeron: “La remisión a la ley de concursos y quiebras que determina el art. 2358 Cód. Civ. y Com., solo resulta aplicable cuando hay presentación simultánea de acreedores. En caso contrario, podrá cancelarse el pasivo atendiendo los créditos a medida que se presenten” (Mayoría 17. Abstención 1). “Los acreedores solo pueden solicitar la quiebra. El administrador puede solicitar el concurso o la quiebra con la autorización unánime de los coherederos, sus cesionarios o autorización judicial”. “La ratificación que dispone el art. 8 LCQ exige la unanimidad de los herederos declarados o reconocidos. El plazo de ratificación el art. 8 LCQ podrá ampliarse y renovarse a petición de quien solicitó el pedido de concurso o quiebra, hasta que los herederos obtengan su investidura hereditaria judicial”. “Las expresiones «desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo» son expresiones que aluden al estado de cesación de pagos o de insolvencia que constituyen el presupuesto objetivo de los procesos concursales y así deben interpretarse. El juez puede actuar con mayor flexibilidad, en virtud de la amplitud del texto del art. 2360 Cód. Civ. y Com., pero sin que implique resignar los principios de este presupuesto objetivo”. “El crédito declarado de legítimo abono en el proceso sucesorio, si luego el patrimonio hereditario entra en concurso o quiebra, debe someterse a posterior verificación por parte del juez del proceso concursal”. (Unanimidad).

No existe término legal para que los acreedores ejerzan el derecho a pedir la quiebra del patrimonio del deudor fallecido. Tampoco para la solicitud del concurso o quiebra por parte de los herederos, mientras subsista la separación pa-

(57) El Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial del año 2018, Comisión Pizarro-Rivera-Botana, propuso, modificar el art. 2360 reemplazando “en caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario “lisa y llanamente por “en caso de cesación de pagos”.

trimonial (es decir, el proceso sucesorio no esté concluido) y no haya prescrito los créditos de los acreedores **(58)**.

VIII. Rendición de cuentas (59)

Según el art. 2355, a falta de decisión de la mayoría de los coherederos sobre el plazo, deben ser rendidas trimestralmente o con la periodicidad que el juez disponga. Recepta así lo que disponían la mayoría de los ordenamientos procesales locales. No adopta en cambio el criterio de algunos de ellos (arts. 713, Córdoba; 456, Jujuy; 356, La Rioja; 625, Santa Fe) que permitían que, a solicitud de cualquier interesado, deban ser presentadas; lo que dificulta innecesariamente la tarea.

La rendición de cuentas debe ser descriptiva, detallada, explicando el modo en que se ha desempeñado la gestión y las razones que tuvo para así hacerlo; y acompañando la documentación que la respalde.

Se ha entendido que su omisión por largos períodos, sin que le fuese exigida por los herederos, hace presumir la autorización o dispensa de presentarla **(60)**.

El art. 346 del Cód. Procesal de Mendoza agrega, en relación con los juicios en que intervenga el administrador, que “deberá elevar un informe en forma semestral sobre la marcha del proceso y rendir cuentas a la finalización del mismo”.

(58) Para un análisis detallado ver RIBERA, Carlos E., “Vinculaciones entre el derecho sucesorio y concursal”, DFyP 2018 (agosto), 89.

(59) CCiv. y Com. Corrientes, sala IV, “Demetrio, Odi-sea Tito”, 10/07/2008, TR LALEY AR/JUR/7762/2008: “El carácter provisorio o definitivo de la designación del administrador de la sucesión no tiene relevancia a los efectos de la rendición de cuentas, pues el deber de rendir cuentas impuesto por el art. 713 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, es una derivación de lo normado por el art. 1999 del Código Civil, en tanto establece la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones”.

(60) MEDINA, Graciela, ob. cit., p. 118; CNCiv., sala C, 07/02/2001, LA LEY, 2001-D, 368.

Concluida la administración **(61)**, cuando se produce la partición (art. 2323) debe presentarse la cuenta definitiva (art. 2361); lo que puede hacerse en forma privada, si todos los coherederos están de acuerdo y son plenamente capaces, siéndole aplicables las normas de los arts. 858 a 864, por lo que puede ser dispensada **(62)**. De lo contrario, debe hacerse judicialmente. Los gastos quedan a cargo de la masa indivisa (art. 2362).

Cuando se trata de la cuenta definitiva, los códigos procesales establecen un plazo para la impugnación superior (10 días en relación con los 5 días de las provisionales) y la tramitación también por vía incidental.

IX. Gastos

El art. 2349 dispone que tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios y útiles (según conceptualiza el art. 1934; incluyendo, aunque aquí no se mencionan, las de mantenimiento) realizados en el cumplimiento de su función. Son una carga de la herencia, teniendo privilegio para ser pagados en primer término (art. 240 ley 24.522). Los ordenamientos procesales autorizan también a retener de los ingresos provenientes de los bienes sucesorios determinada clase de gastos: los comunes o normales. Esto último, lógicamente, con la consiguiente rendición de cuentas.

En cuanto a los devengados por la contratación de terceros, si los hizo en su propio beneficio para facilitar o agilizar el cumplimiento de su tarea, estarán a su cargo, no pudiendo ser trasladados a los herederos. No así, cuando se trata de una actividad necesaria y complementaria para la administración de los bienes; pero para ello será preciso que cuente previamente con la autorización de los coherederos o judicial.

(61) CNCrim. y Correc., en pleno, “Echaniz, H. V.”, 01/08/1961, TR LALEY AR/JUR/112/1961, “La conducta del administrador judicial de una herencia, que se niega a rendir cuenta o no rinde cuenta satisfactoria de su administración reteniendo en su poder bienes o fondos provenientes del cumplimiento de su mandato, encuadra, en su caso, en la figura del delito de defraudación prevista en el art. 173, incs. 2º a 7º del Cód. Penal”.

(62) ALTERINI J.H. y I.E., “Comentario al art. 2355 “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, t. XI, p. 394.

X. Remuneración

El mismo artículo dispone que tiene derecho a una remuneración. La nota de Vélez al art. 3879 del Código derogado mantiene su vigencia (63). Se trate de la función desempeñada por un tercero o por un heredero, ya que ello igualmente insume tiempo y trabajo. Su determinación puede haberse dispuesto por el testador o establecerse por acuerdo con los cotitulares de la masa indivisa. En su defecto, los honorarios serán fijados judicialmente. Son regulados, cuando “ha sido rendida y aprobada la cuenta final de la administración”. Los ordenamientos procesales fijan distintas escalas y la posibilidad de que puedan percibirse anticipos provisionales en razón del tiempo de duración de su función, que deben guardar proporción con el monto aproximado del honorario total (la mayoría 6 meses; Salta, art. 739, si excede 2 meses).

En el caso de haber sido dispuesta por el testado, Di Lella (64) se plantea la cuestión de si es remuneración y cuándo pasa a ser liberalidad; lo que puede generar conflictos y deberá ser analizado en el caso en concreto, tomando en cuenta los máximos arancelarios previstos por las leyes locales y si el testador dispuso de toda su porción disponible.

En cuanto a si es acordada con los coherederos, entiende que para ser válida debe ser por todos ellos.

(63) “... Otro ramo de los gastos de justicia es el que se refiere a los actos, procedimientos, cuentas, liquidación, partición o licitación en una sucesión, sociedad o comunidad cualquiera. Entonces, es preciso aplicar las disposiciones para la conservación, liquidación y distribución de los bienes del deudor común. Su carácter privilegiado no sufre alteración alguna por la circunstancia de haber sido hechos con ocasión de una indivisión; todos los que han aprovechado como partícipes o acreedores no pueden oponerse a su pago con preferencia”.

(64) DI LELLA, Pedro, ob. cit.

En Córdoba el art. 716 Cód. Procesal prescribe que no podrá exceder del 5% sobre “el monto del capital recibido y de los valores líquidos percibidos o realizado en razón de la administración”.

En Jujuy el art. 458 Cód. Procesal. establece que “no podrá exceder de un diez por ciento de los valores producidos, percibidos o realizados en razón de la administración”.

En el ámbito nacional la ley 27.423 en su art. 32 dispone una regulación del 10 al 20% sobre el monto de las utilidades realizadas durante su desempeño. Si la tarea del profesional requiere de atención diaria o implica un gasto diario y necesario, de monto fijo y carácter permanente, el auxiliar de Justicia podrá solicitar que se le fije un monto retributivo de estos desembolsos, el que será deducido de la recaudación diaria de la actividad objeto de su tarea.

En Provincia de Buenos Aires, la ley 14.967 determina en su art. 32 para los administradores la escala del 5 al 10% sobre el monto de los ingresos obtenidos durante la gestión o, en su caso, las remuneraciones que pudieran percibirse en funciones similares, la que fuere mayor: la anterior normativa (decreto-ley 8904) disponía que era “con prescindencia del valor de los bienes”. Debe hacerse teniendo en cuenta los ingresos netos, sin perjuicio de computar razonablemente el monto del capital manejado, la duración de la función, eficacia y demás particularidades (65).

Si la administración no arroja ingresos o utilidades, se lo fija discrecionalmente teniendo en cuenta la importancia, complejidad y extensión de la tarea cumplida y el monto de los bienes administrados.

(65) CCiv. y Com. San Isidro, sala II, “Perkins Mario Tomás s/ Sucesión”, 06/11/2003, Juba 94482; HITTERS, Juan Manuel; CAIRO, Silvina, “Honorarios de Abogados y Procuradores”, LexisNexis, p. 396.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ADOPCIÓN POST MORTEM

Pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso. Otorgamiento de la adopción plena. Principio de realidad familiar. Niño que queda al cuidado de la abuela.

Con notas de Carolina Chmielak y Graciela C. Ignacio

1. — Habiéndose cumplimentado con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño, es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino del niño, a quien se tiene la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta, no solo porque la ley lo dice, sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en el proceso [1].
2. — Que el interés superior del niño comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adopción *post mortem* de sus padres, otorgando de este modo un marco legal a su situación socioafectiva con su familia extensa, atento al hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes.
3. — No hay dudas, conforme a constancias del expediente, que la preservación de la identidad dinámica del niño se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa de los pretensos adoptantes, ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con aquella.
4. — La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente solicitaron la adopción del niño, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del niño,

quien con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia su indudable intención de ser hijo de aquellos, donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino.

5. — La institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, viéndose obligados los operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia.
6. — Para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector, y nada mejor que el familiar, donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma; en el caso, dentro de los lazos socioafectivos creados desde el nacimiento del niño con la familia extensa de los pretensos adoptantes fallecidos.

JCiv. Personas y Fam. 1a Nominación, San José de Metán, 28/12/2020. - P. P., W. L. s/ adopción.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73762/2020]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Juzgado de Menores N° 3 de Corrientes, "L., M. s/ adopción", 05/08/2020, RCCyC, 2021 (febrero), 123, AR/JUR/30596/2020.

Expte. N° EXP-45157/19

1ª Instancia.- San José de Metán, diciembre 28 de 2020.

Resulta:

Que a fs. 08/09 de autos se presenta por ante la Proveyente el Dr. F. G. S. M. P., en su carácter de apoderado del Sr. W. L. P. P. DNI N°..., quien actúa por sus propios derechos a fin de iniciar juicio de Adopción Plena del niño M. P. DNI N°... nacido 14 de agosto de 2011 en el Hospital Materno-Infantil Dpto. Capital, Pcia. de Salta.

Expone los hechos, funda el derecho que hace a su pretensión y ofrece pruebas.

Que a fs. 10 de autos se da curso legal a la presente acción, otorgando intervención a la Asesoría de Menores y al Ministerio Fiscal.

A fs. 13 rola acta de audiencia:... “a los 30 días del mes de septiembre de 2019, siendo hs. 10:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: “P. P., W. L. por adopción”, Exp. 45.157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, el Sr. P. W. L., DNI N°..., junto al menor M. P., acompañado del Dr. F. S. G., en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 2 Dra. Karina Patricia Singh. Abierto el acto por S. S. Dr. Carlos A. Graciano Juez Subrogante y Secretaría actuante. La elección efectuada por las partes de llevar a cabo la adopción, se celebra la presente audiencia, también se deja constancia de lo dispuesto por el Art. 605 del (Fallecimiento de Madre). Puesto en uso de la palabra al Sr. W. L., manifiesta que, cuando murió su esposa, M. lloró mucho, hizo un tratamiento con una psicóloga, que trabaja con los niños con yoga, musicoterapia, cromoterapia, mantras, mandalas y otras disciplinas dentro de la psicología que ayudan a superar la situación, y ella a su vez le dio 5 ejercicios que hagan a la noche antes de dormir para armonizar, para sacar la ira y termina con un mantra para dormir relajado y armónico. Expresa que se siente identificado con el apellido materno desprendiéndose esto de la manera que el niño contesta cuando se le pregunta por su nombre. Manifiesta que en el mes de abril la psicóloga le dio de alta. Que en el colegio que asiste a través del gabinete psicológico se le da contención todos los días, que el docente tiene reuniones trimestrales con el gabinete y M. anda muy bien académicamente. Que su hijo siente mucha pertenencia en el Colegio y el Club. Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que lo pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos algunos en Rosario de la Frontera. Se puede apreciar que existe una plena integración entre el niño y padre adoptante...” Siguen firmas (sic).

Que a fs. 20/22 rola Informe Social en el que se concluye que:... “Consideraciones: Se infiere que el matrimonio P. - K. y M. se han conformado como familia. Ante la muerte de su madre, el Sr. P. pudo brindarle a M. los recursos necesarios para afrontar su pérdida. Surge de la entrevista que tanto la institución educativa como familiares y amigos acompañan al niño y al padre frente a la muerte de la Sra. K. Se advierte claramente la construcción de un vínculo paterno-filial entre el Sr. P. P. y M...” (sic).

Que a fs. 32/37 el Dr. F. G. S. apoderado de los actores adjunta acta de defunción de los Sres. M. K. y W. L.

P. P. Hace saber que M. se encuentra al cuidado de la madre de la difunta Sra. M. K.

A fs. 38 se ordena correr vista de lo manifestado a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces quien a fs. 39 solicita se constate la situación actual del menor M.P., persona a cargo del mismo, grupo familiar conviviente y todo otro dato de interés.

A fs. 43 rola acta de audiencia del 24 de Julio de 2020 mediante la utilización de medios tecnológicos atento la pandemia COVID-19, que impide ser realizada en forma presencial...” siendo hs. 12:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: “P. P., W. L. por adopción - F” Exp. 45.157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, la Sra. N. A. G. G. DNI N°... de 74 años de edad (abuela) en compañía de la Tía Sra. J. K. y en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 2 Dra. Karina Singh.

Abierto el acto por S. S. Dra. Frida Bosernitzán Juez y Secretaría actuante, S. S. comienza a realizar la audiencia del día de la fecha mediante zoom a los fines de establecer contacto con el niño M. quien manifiesta estar acompañado de su abuela N. A. G. G. DNI N°... de 74 años de edad y su tía J. K. A preguntas realizadas por S. S. M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice N. y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadas, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadas y cerca también su tío A., todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases. Que tiene el apoyo de dos psicopedagogas que van a su domicilio una a la mañana que lo acompaña con las tareas en inglés y la otra psicopedagoga a la tarde para las tareas en castellano, porque el colegio al que concurre es bilingüe. Que a veces, cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad, pero no en su barrio. Manifiesta la Sra. J. K. que M. cumple años el 14 de agosto y le van a hacer una linda fiestita. A preguntas realizadas por la Sra. Asesora de menores e Incapaces a M., si se siente bien con su abuela: el mismo manifiesta que se siente bien y quiere quedarse con ella. A preguntas realizadas a la Sra. G.: La misma refiere que la peticionante es ella. Manifiesta M. que considera que todos son su familia y que está rodeado de mucho afecto. A pregunta reali-

zada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así. A preguntas realizadas a la Sra. J. la misma manifiesta que cuando comiencen las clases M. va a ir con una de las maestras que lo llevaría o quizás en el transporte escolar ya que algunos de sus primos van al mismo colegio y que su abuela también lo podría llevar ya que tiene auto y maneja; que a las reuniones de la escuela la que iría es la Sra. N. A. G. G. Preguntado el menor respecto de si tiene contacto con sus familiares de Rosario de la Frontera el mismo manifiesta que tiene contacto con su abuelo paterno W. P. mediante mensajes, y llamadas, también con su tía T. a quien llama T. Que se organizaron en un grupo de WhatsApp entre todos los familiares de Bs. As. y de Rosario de la Frontera y que hace poco lo llamo a su abuelo por su cumpleaños. Puesta en posesión de la palabra la Sra. N. manifiesta que quiere que todo el trámite legal se termine así M. tenga su propio DNI y que además ese es el deseo del niño. Se deja constancia por Secretaría que todo el tiempo que duró la audiencia el niño buscaba contacto con su abuela, se los ve abrazados lo cual denota el cariño que la misma le dispensa y da cuenta del lazo afectivo que los une"... (sic).

A fs. 64/65 rola presentación de la Sra. N. G. G. DNI N°... quien pone en conocimiento que la misma es madre de M. K. quien fuera madre de M. Refiere que M. se casó con W. L. P. P. y que M. llegó a sus vidas el 14 de agosto de 2011, desde ese momento M. fue parte de su familia como M. P. K. Ante el fallecimiento de su hija el 24 de noviembre de 2018 y de su yerno el 30 de mayo de 2020 M. vive con ella, ya que su domicilio es centro de reunión familiar, donde se encuentra muy cómodo y con muchos amigos y está absolutamente integrado a su familia. Manifiesta que: ... "Tanto él como todos nosotros nos encontramos a la espera del dictado de la sentencia... de adopción"... (sic).

Que a fs. 77 vta. y 78 rola informe socioambiental realizado en el domicilio de la Sra. N. G. G. DNI N°...

Que a fs. 87/91 rola dictamen de la Sra. Asesora de Menores N° 1, Dra. Karina Patricia Singh, quien se expide favorablemente a la acción interpuesta de Adopción Plena.

Que a fs. 41 rola dictamen del Ministerio Fiscal quien estima que puede hacerse lugar a la Adopción del niño M.

Considerando:

Que vienen los presentes obrados a los fines de expedirme respecto de la de la Adopción Plena del niño M. DNI N°..., solicitada oportunamente por los Sres. M. K. y W. P. P.

Entrando en el análisis de la cuestión planteada, cabe señalar que se debe resolver las presentes actuaciones teniendo en cuenta que el Instituto de la Adopción es un instrumento legal establecido para la protección del niño y conforme con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, donde se dirimen problemas humanos cuyas soluciones se instrumentan a través del análisis del caso concreto y no mediante la aplicación de fórmulas o modelos predisuestos por consecuencias lógicas previamente establecidas del entramado normativo. Es por ello que para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa, como así también de valorar el mejor interés del Niño consagrado en los art. 3.1 y 21 de la de la Convención de los Derechos del Niño.

En este orden de ideas el Cód. Civ. y Com. de la Nación es en lo que respecta al Instituto de Adopción, en su Art. 594 establece que "...La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código...". Dicha norma señala, en cumplimiento del principio del interés superior del niño, el derecho del niño a tener una familia donde pueda encontrar lazos afectivos que le permitan cristalizar su personalidad en formación, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.

En el caso *sub examine* el niño M. se encontraba contenido por el matrimonio P. - K. conforme constancia de acta de audiencia de fs. 13 que en su parte pertinente dice:..." Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que la pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos, algunos en Rosario de la Frontera"... Es decir que el niño M. se encontraba contenido junto al matrimonio P. - K. y actualmente debido al hecho luctuoso de ambos padres su realidad vital se desarrolla con su abuela, tíos y primos maternos.

La doctrina entiende que: "...La concepción de la adopción ha variado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos

biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre estos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural...” (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Julio César Rivera y Graciela Medina - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LA LEY, 2015, p. 594).

En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución esta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social. En este sentido CSJN precisó que “...La adopción es una institución de protección familiar y social especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral. El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho “interés del niño” con sus derechos fundamentales. Así resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos...” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/08/2005, S., C. s/ adopción; Actualidad Jurídica de Córdoba - Familia y Minoridad, vol. 17, septiembre de 2005, p. 1753).

El Cód. Civ. y Com. de la Nación ha establecido condiciones y principios en resguardo del interés superior del niño, ello se justifica por la trascendencia de la institución y la importancia de sus efectos, dado que con la adopción se emplaza al adoptado en el estado de hijo del adoptante; y en particular en la adopción plena el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo biológico del adoptante con todos los parientes de este, todo ello conforme lo establece el art. 535 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En virtud de lo expresado corresponde analizar si se cumplen en las presentes actuaciones las condiciones y principios que regulan la institución.

En este sentido, podemos deducir que cuando un menor se encuentra desamparado, entiéndase privado de su entorno familiar o cuando el que tiene no resulta adecuado para su desarrollo, la mejor opción escogida por el legislador, con preferencia sobre cualquier otro tipo de medida, como podría ser la permanencia en instituciones públicas, es su inserción en un nuevo entorno familiar. Para ello, en nuestro sistema jurídico se arbitró el instituto de la adopción como instrumento jurídico que establece entre el o los menores y su o sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica en todos sus efectos. Con

ello se pretende unir real y filialmente al menor con quienes de hecho no son sus progenitores biológicos.

La normativa vigente que encuadra jurídicamente en el instituto de la adopción establece que cuando la situación de desamparo se verifica de manera irreversible, la adopción es el medio más adecuado para proteger los intereses del menor. De allí, tal como lo dispone el art. 594, la adopción solo puede concederse por resolución judicial, la que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado, que se sobrepone con el necesario equilibrio a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la responsabilidad parental; es decir su capacidad de otorgar al menor el entorno más adecuado para su protección integral, de modo tal que queda fuera de toda duda que el sustrato de la adopción, como en el resto de las normas jurídicas que se ocupan del menor, persigue primordialmente una finalidad tuitiva, es decir, que estamos ante un mecanismo singular de protección del menor que se encuentra en una situación de desvalimiento, en la que también confluyen lógicamente los intereses de los adoptantes.

Es por ello que se debe entender que la voluntad del matrimonio K. - P. P. de adoptar al niño M. en forma inobjetable, se encuentra plasmada en los autos caratulados Guarda Judicial con fines de adopción del menor M. P. Expte. N° 41.424/15, en la sentencia de fs. 389/397. La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretendidos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente peticionaron la adopción del menor, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda Judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del menor, que con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia de fs. 43 de los presentes obrados, su indudable intención de ser hijo del matrimonio P. K., donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino: “...A preguntas realizadas por S. S. M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice N. y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A. Todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases...” Que a veces cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicle-

ta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad pero no en su barrio"... (sic).

Que el interés superior de M. comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adopción *post mortem* de sus padres M. K. y W. L. P. P., otorgando de este modo un marco legal a su situación socio afectiva con su familia extensa atento el hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes. La Convención de los Derechos del Niño con respecto a la preservación de la identidad en su art. 8 entiende que..." el derecho a la identidad debe ser preservado como un valor en sí mismo a través de diferentes medidas de acción positiva; y siempre teniendo en cuenta que la identidad involucra dos aspectos, uno estático, conformado por el genoma humano (y que en el tema de la adopción se vincula con la familia de origen) y otro dinámico, derivado del despliegue temporal y fluido de la personalidad, que compromete los aspectos éticos, religiosos y culturales (que son provistos por la familia adoptiva) —cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, ps. 50/5—. En este contexto se debe entender que no hay dudas, conforme a constancias de autos, que la preservación de la identidad dinámica de M. se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa del matrimonio K. - P., ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento el 14 de agosto de 2011 hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con la familia extensa (conforme arts. 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrs. 55 y 56; CIDH, caso "Gelman c. Uruguay, Fondo y Reparaciones", párrs. 121 y 122, arts. 8 y 25 de la Convención Americana).

Asimismo, el Art. 599 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que "...el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente...", tal recaudo normativo se encuentra acreditado en el acta de matrimonio de fs. 05 de los autos caratulados "Guarda Judicial con Fines de Adopción Expte. N° 41.424/15. Del Informe Social rolante a fs. 78 vta. y 79, realizado por el servicio social del Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro "...Durante la presencia del suscripto en el lugar, pudo observar

un excelente ambiente de contención para M., quien se explayara sobre sus actividades escolares y deportivas. Claramente expresó su deseo de vivir junto a su abuela, bajo la responsabilidad de ella. La Sra. N., a su vez, manifestó también su deseo de ser la persona a cargo de M., dejando en claro que son equipo con sus otros hijos y resto de la familia, en lo que respecta a la contención y cuidado de M..." (sic).

En el caso bajo análisis, la institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, por lo que nos vemos obligados, como operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos, a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia. Todo ello en el entendimiento de que para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector y nada mejor que el familiar donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma dentro de los lazos socio afectivos creados desde el año 2011 con la familia K. - P. que hace al desarrollo de su historia vital ahora con su familia extensa.

En este contexto es menester resaltar que a fs. 389/397 y vta. se dictó resolución en el Expte. N° 41.424/15 que rola por cuerda separada al presente, por la que fue otorgada la Guarda Legal con Fines de Adopción del niño M., a los actores W. L. P. P. DNI N° ... y M. K. DNI N° ..., quienes habían quedado legitimados en consecuencia para iniciar la acción de Adopción Plena.

A través de dicha Guarda Legal con fines de adopción, la Judicente ha podido conocer, analizar y valorar las condiciones personales y aptitudes de los futuros adoptantes para ejercer tal rol, y de los informe socioambientales de fs. 77 vta./78 se ha realizado un control de legalidad y también de mérito sobre las personas que han recibido al niño de autos, teniendo en cuenta que M. actualmente se encuentran totalmente integrado al grupo familiar extenso, habiéndose creado un vínculo familiar y siempre en miras a la aplicación del principio rector en todas aquellas cuestiones atinentes a menores de edad, cual es el interés superior de los mismos, conforme lo establece el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño "...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o Privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que atenderá será el Superior Interés del Niño..." Adelanto mi postura en el sentido de que corresponde hacer lugar a la presente acción de Adopción Plena *post mortem*.

Debo señalar que la constitucionalización del Derecho Privado y en este caso la enunciación de los principios de Derechos Humanos, entre ellos el principio rector del Interés Superior del Niño, viene a efectivizar un cambio de paradigma en el ámbito de la adopción, afirma Marisa Herrera que en el ámbito de la adopción "...no son la familia de origen ni la adoptiva los principales protagonistas de la filiación adoptiva, sino el niño..." (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 1ª ed. - Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, año 2015, T. IV, p. 19).

Del mismo modo, otro principio humano receptado expresamente por los Art. 595 y 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es el Derecho a Conocer los Orígenes, es por ello que se debe tener presente que el adoptado "...con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos..." (Art. 596, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Conforme al art. 620 del Cód. Civ. y Com. de la Nación el mismo define la Adopción Plena como aquella que "...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..." Otorgándole el carácter de irrevocable (Art. 624 Cód. Civ. y Com. de la Nación). En este marco jurídico del Cód. Civ. y Com. de la Nación el parentesco adoptivo se genera con la sentencia judicial que otorga la adopción, y en el caso de la Adopción Plena se emplaza al adoptado en el estado de hijo de aquel, creando el nexo jurídico de parentesco con todos los parientes del adoptante. Así también conforme al art. 626 Cód. Civ. y Com. de la Nación b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, debiendo valorar el juez la opinión del adoptado al respecto, es por ello que al momento de instituir el emplazamiento de estado filial y la consecuente modificación del apellido debe otorgarse suma importancia la opinión de los niños, en tal sentido es oportuno tener presente la manifestación en acta de audiencia de fs. 43 vta. el niño manifestó:... "A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así..."

La misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso (CSJN, Fallos: 328:2870;

331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que esta hace suyo en CIV 90032/2013/CSI "M., M. S. s/ guarda", cit., p. 7).

Habiéndose cumplimentado en autos con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente de los presentes obrados que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño M., por lo que es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino de M. a quien tengo la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta no solo porque la ley lo dice sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en este proceso.

La ley nos impone el compromiso de hacerte conocer tu realidad biológica y quisiera M. que cundo puedas y desees acceder a este expediente, sepas que todos los que trabajamos para que tu deseo se haga realidad, no solo te escuchamos atentamente, sino que lo hicimos con todo nuestro ser, entendiendo desde lo más profundo tus sentimientos y valorando cada una de tus palabras dando prioridad siempre a tu bienestar y a tu felicidad. Saber escucharte es saber comprenderte y esa es una misión que estamos cumpliendo, haciendo lugar a lo que con tanto amor nos estas pidiendo y así puedas construir tu propia historia.

Por lo que la Proveyente estima procedente tal como lo adelantara precedentemente hacer lugar a la demanda de Adopción Plena peticionada, en virtud de lo establecido por el art. 7, 594, 595, 596, 615, 617, 618, 620, 624, 625, 626 y cctes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994). Art. 3, 11, 24, 27 y cctes. de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas Niños y adolescentes. Art. 5, 9, 12, 18 y cctes. de la Convención sobre los derechos del Niño, y los dictámenes favorables de la Asesora de Menores e Incapaces y el Ministerio Fiscal intervinientes en autos.

Por ello, fallo: I. Hacer lugar en todas sus partes a la adopción póstuma solicitada a fs. 08/09 de autos, en consecuencia otorgar la Adopción plena del niño M. DNI N°... nacido 14 de agosto de 2011 en el departamento Capital, Pcia. de Salta a favor de los Sres. M. K. DNI N°... fallecida el 24 de noviembre de 2018 (conf. constancia de fs. 32) y W. L. P. P. DNI N°..., fallecido 30 de mayo de 2020, retrotrayéndose este vínculo al día 26 de diciembre de 2018, fecha del otorgamiento de la Guarda con fines de Adopción. Expte. N° 41.424/15 rolante a fs. 389/398. II. Disponer el cambio de apellido del niño quien pasará a llamarse M. P.

K. III. Ordenar que oportunamente la familia extensa haga conocer al niño los datos relativos a su origen, dando así cumplimiento con lo preceptuado por el Art. 596 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. IV. Firme y consentida la presente sentencia líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para la inscripción de la misma, de conformidad y en los términos estableci-

dos por los Arts. 48, 49, 50 y cctes. de la Ley 26.413. V. Dese cumplimiento a lo ordenado en el Art. 7 Anexo Acordada N° 8640/01, librándose en consecuencia el pertinente oficio a la Secretaría Tutelar de la Corte de Justicia a fin de hacerle conocer el *dictado* la presente sentencia. VI. Regístrese, notifíquese y cúmplase. — *Frida Bosernitzán.*

La adopción póstuma o *post mortem* en la legislación argentina

Carolina Chmielak^(*)

Sumario: I. Delimitación del tema.— II. Hechos y argumentación de sentencia.— III. La adopción póstuma o *post mortem*.— IV. Principio del Interés Superior del Niño (ISN) y Principio de Realidad Familiar.— V. Derecho de Identidad.— VI. Palabras de cierre.— VII. Bibliografía complementaria.

I. Delimitación del tema

La adopción como “figura legal” fue receptada por nuestro orden normativo en el año 1948 (ley 13.252), de allí que se trate de un instituto de mediana vida pero de rápida evolución legislativa (ley 19.134 de 1971, ley 24.779 de 1997, ley 25.854 de 2004 reglamentada por los decs. 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008).

Nos detendremos en la última reforma producto de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 puesto que el legislador introdujo importantes cambios (basados en nuevos paradigmas sociales así como leyes de índole internacional), a efectos de mejorar la eficacia y rapidez del instituto, tomando como punto de referencia el principio rector del Interés Superior del niño para la interpretación de la Ley. Por lo tanto, no solo se dio prioridad a la “voluntad adoptiva”, es decir, la voluntad del pretense adoptante de tener descendencia sino

que también a la “voluntad del adoptado”, más precisamente, el menor en situación de vulnerabilidad, virando de tal forma el fin del instituto dado que se le otorga prioridad a la protección de los intereses y necesidades de este último.

Del mismo modo, se incorporaron modificaciones de orden procesal con el objeto de brindar una solución legislativa en lo que respecta la celeridad del proceso de adopción y la simplificación en la toma de decisiones en dicho contexto. Sin perjuicio de ello, la referida celeridad no se ve reflejada en la realidad porque los tiempos de la Justicia en la mayoría de los casos no coinciden con los tiempos ni del menor ni de los adoptantes.

Sostiene el Dr. Atilio Álvarez que “la adopción es una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza. Principalmente tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizar el derecho de estos a vivir y desarrollarse en una familia que les brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades

(*) Abogada, Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

afectivas y materiales, cuando no le puedan ser proporcionados por su familia de origen” (1). La Dra. Krasnow argumenta que “se construye un vínculo filial basado en el juego de las necesidades y los afectos de las partes intervinientes, constituyéndose en un camino institucionalizado de creación de lazos filiales. A través de la misma, se permite la planificación familiar, que se concreta con la participación estatal [...] Con la vigencia de esta figura, se pasa del estado de naturaleza u orden espontáneo basado en el vínculo de sangre, a un orden proyectado hacia una finalidad específica: garantizar el derecho de todo niño-adolescente a vivir en familia” (2). Y señala la Dra. Herrera que es “una materia en la cual se han tenido diferentes —y extremas— concepciones al respecto, una definición sobre la adopción permite ubicarla en su justo y preciso lugar: ser una figura tendiente a que todo niño que no puede vivir en su familia pueda hacerlo en otra de manera permanente y estable viendo satisfecho, de este modo, un derecho humano como lo es el derecho de todo niño a tener y vivir en una familia” (3).

Lo cierto es que por medio de la adopción se procura defender el “derecho a la vida familiar”, esto es, que un menor forme parte y se desarrolle en el seno de una familia que satisfaga sus necesidades tanto materiales como inmateriales y que potencie al máximo sus habilidades, lo que se logra gracias a la entrega desinteresada y amorosa por parte del adoptante y al buen ejercicio de la responsabilidad parental mediante el otorgamiento de un ámbito afectivo propicio para el bienestar del menor.

Efectuada esta breve introducción, será el propósito del presente trabajo analizar y comentar el fallo “P. P., W. L. S/ adopción” (diciembre

(1) ÁLVAREZ, Atilio, “La adopción. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 4, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/adopcion-atilioalvarez.pdf>, Fecha de consulta: 09/10/2021.

(2) KRASNOW, Adriana N., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. La Ley, CABA, 2015, t. III, p. 4.

(3) HERRERA, Marisa, “El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil”, agosto 2012, p. 2 <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2890/1/adopcion-atilio-alvarez.pdf>, fecha de consulta: 21/10/2021.

2020), dictado por el Juzgado de Primera instancia en lo Civil de Personas y Familia 1ª Nominación, San José de Metán (Provincia de Salta) y abordar las cuestiones que a continuación se detallan: a) *la adopción póstuma o post mortem*; b); El Principio del Interés Superior del Niño y Principio de Realidad Familiar; c) El Derecho de Identidad.

II. Hechos y argumentación de sentencia

A lo largo del fallo se deben identificar tres momentos:

A) Con fecha 26/12/2018 se concedió la guarda con fines de adopción del menor M. P. al matrimonio compuesto por la Sra. M. K. y el Sr. W. L. P. P.

B) Luego, el Sr. W. L. P. P. inició el juicio de adopción plena y en orden a ello manifestó su voluntad de querer continuar con los trámites que había iniciado junto con su esposa fallecida en noviembre de 2018. En la Audiencia de fecha 30/09/2019, a la cual asistió junto con su letrado y el menor (M. P.), explicó el impacto que dicho deceso tuvo en el niño pues este lo sintió y lloró mucho requiriendo de asistencia psicológica para superar la situación (también recibió ayuda en el ámbito escolar, aunque siempre logró mantener un muy buen nivel académico). Asimismo, dijo que el niño sentía una gran pertenencia en el Colegio y el Club.

Cedida la palabra al menor, M. P. declaró vivir en Buenos Aires, Tigre, pasarla lindo, ir al colegio, tener amigos, jugar al fútbol y rugby, tener primos y familia en Rosario de la Frontera y que le gusta estar con su padre. Un dato no menor es que el niño se sentía identificado con el apellido de la Sra. M. K. y así lo hizo saber cuándo se le preguntó por su nombre.

Tanto de la Audiencia como del Informe Social efectuados se concluyó que el menor se integró en la familia, pudo afrontar la pérdida de la Sra. M. K. gracias a los diversos recursos dados por el Sr. W. L. P. P. y logró construir un vínculo paterno-filial con el mismo debido a que existió una unión entre niño y adoptante.

C) En mayo de 2020 falleció el Sr. W. L. P. P. (lo que se acreditó mediante acta de defun-

ción agregada en el Expediente Judicial). Consecuentemente, ambos guardadores (Sra. M. K. y Sr. W. L. P. P.) murieron antes que finalizara el proceso de adopción quedando el niño a cargo la madre de la Sra. M. K.

En la Audiencia virtual de fecha 24/07/2020 a la cual asistió la Sra. N. A. G. G. (madre de la Sra. M. K.) y la Sra. J. K. (hermana de la Sra. M. K.) nuevamente se le cedió la palabra al niño a quien se escuchó atentamente. Dijo estar acompañado de su abuela y tías, refirió nuevamente a su colegio, amigos y primos, así como también, a su abuelo paterno y familiares que se encuentran en Rosario de la Frontera. A la pregunta de cómo desea ser llamado, el menor respondió solo M. P. K, demostrando reconocer una vez más el apellido de la Sra. M. K. como propio (incluso quiso que de tal forma se consigne en su DNI).

La Sra. N. A. G. G. expresó que el menor se quería quedar con ella (cuestión que también afirmó el niño), que este consideraba a todos familia y que se encontraba rodeado de mucho afecto (se advirtió un trato cariñoso entre M. P. y la Sra. N. A. G. G. durante la audiencia). Incluso la Sra. J. K. explicó, además de la relación que posee con M. P., de qué manera organizarían su actividad escolar.

Por otro lado es importante destacar que tanto el Informe Socio Ambiental realizado en el domicilio de la Sra. N. A. G. G. como el Informe de la Sra. Asesora de Menores N° 1 Karina Patricia Singh y el Dictamen del Ministerio Público Fiscal, estimaron que era viable que se hiciera lugar a la Adopción del menor M. P.

Aclarados los tres momentos precedentemente indicados, nos concentraremos en la resolución de su Señoría.

Tras una valoración pormenorizada del instituto de la adopción recurriendo a Legislación y Doctrina local, Tratados de índole Internacional con rango constitucional (Convención Internacional de los Derechos del Niño), y los principios de Realidad Familiar, respeto por el Derecho de Identidad y del Interés Superior del Niño, la Magistrada resolvió: otorgar la adopción plena póstuma de M. P. a favor de sus guardadores, Sres. M. K. y W. L. P. P. quienes fallecieron durante la

tramitación de la causa judicial, retrotrayendo dicho vínculo al día 26 de diciembre de 2018, fecha en la cual se otorgó la guarda con fines de adopción. A su vez dispuso el cambio de apellido del niño (en adelante, deberá ser llamado M. P. K.), que el mismo quede bajo cuidado de su abuela (Sra. N. A. G. G.) y que oportunamente su familia extensa le haga conocer y brinde datos relativos a su origen en cumplimiento con lo establecido por el art. 596 del Cód. Civ. y Com. (Derecho a conocer los orígenes).

Conforme todo lo expuesto puntualizaremos los extremos de la Sentencia que a nuestro criterio son de relevancia:

En primer lugar: se hace uso del singular instituto de la adopción póstuma o *post mortem* para otorgarle un marco jurídico-legal a la situación socioafectiva del menor con su familia extensa dadas las circunstancias luctuosas del caso concreto. Específicamente, se hace lugar a la adopción plena *post mortem* emplazando al adoptado en el estado de hijo de *ambos adoptantes ya fallecidos*, creándose en consecuencia un nexo jurídico de parentesco entre los familiares de estos y el menor. Se admite entonces, un vínculo filial adoptivo póstumo y se reconocen como padre y madre a quienes ejercieron esos roles en vida siendo que en reiteradas oportunidades manifestaron su voluntad de querer adoptar a M. P.

En segundo lugar: V.S. apela a los principios de Realidad Familiar e Interés Superior del Niño para la resolución de la adopción. Se supera la literalidad de la Ley y la rigidez de la norma y se analizan las peculiaridades del caso de que se trata, ello con el objeto de arribar a una Sentencia que sea justa y favorable para el sujeto adoptado.

En tercer lugar: se respeta el Derecho de Identidad del niño, tanto en su faz estática como dinámica de acuerdo con los arts. 595 (principios generales) y 596 (Derecho a conocer los orígenes) del Cód. Civ. y Com.

III. La adopción póstuma o *post mortem*

Previamente realizaremos un breve recorrido por el Código Civil y Comercial de la Nación para analizar la figura jurídica de la adopción.

Se pueden encontrar las primeras referencias relativas a la Adopción en los arts. 529 (concepto y terminología de parentesco), 535 (parentesco por adopción) y 558 (fuentes de filiación) de dicho texto normativo.

Obsérvese que el art. 529 define al parentesco como vínculo jurídico existente entre personas derivadas de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción, y la afinidad. Luego, el art. 535 habla directamente del parentesco adoptivo, tanto en su modalidad simple, como plena, los vínculos que se crean en uno u otro supuesto así como también sus efectos conforme los límites impuestos por la Ley y la Sentencia que resuelve la adopción. Finalmente el art. 558 establece las fuentes de filiación y entre ellas incluye como tales a la adopción tanto simple como plena.

En cuanto a la *adopción* como “instituto jurídico”, el Código de Fondo la reglamenta en su Libro Segundo - Relaciones de familia - Título VI - arts. 594 a 637 y en el art. 594 la define como “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

En orden a lo expresado, la normativa vigente admite tres tipos de adopción (arts. 619-620):

— *Simple* (arts. 627-629): Se confiere al adoptado la condición de hijo, pero sin crear vínculos jurídicos con los parientes, ni con el cónyuge del adoptante. El adoptado mantiene una relación jurídica con la familia de origen lo que implica que no se extinguen los derechos y obligaciones que emergen de la misma y solo se le transfiere al adoptante la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.

— *Plena* (arts. 624-626): Se confiere al adoptado la condición de hijo y se extinguen los vínculos jurídicos con la familia de origen (una salvedad es que subsisten los impedimentos matrimoniales). En este supuesto el hijo adop-

tivo tiene dentro de la familia que lo adopta los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

— *Integración* (arts. 630-633): Se configura cuando el cónyuge/conviviente del progenitor adopta el hijo de este (se mantiene el vínculo filiatorio con los progenitores de origen). Los efectos de este tipo adoptivo dependerán de si el adoptado posee o no un doble vínculo filial de origen. Si el menor posee un solo vínculo filial se insertará en la familia del adoptante en el marco de una adopción plena. Pero si existe un doble vínculo filial el Juez concederá la adopción plena o simple dependiendo del caso concreto y la relación existente entre todas las partes involucradas.

Los arts. 621 (facultades judiciales) y 622 (conversión) flexibilizan los tipos adoptivos y sus efectos. En tanto se acredite el cumplimiento de las formalidades impuestas por ley, se amplía la potestad de resolución del Juez y en su fallo “... podrá modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva...” (4), siempre que se respete y prevalezca el orden público familiar.

Así, el art. 621 establece que el Juez podrá otorgar la adopción simple o plena dependiendo del supuesto que se le presente y teniendo en mira los principios rectores de la adopción. Cuando sea beneficioso para el niño/a y/o adolescente, a pedido de parte y siempre que existan razones fundadas, el Juez podrá mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple posibilitando “... una ‘adopción simple más plena’ o una ‘adopción plena menos plena’ dando cabida a un ajuste jurídico de las reglas de parentesco en relación con los efectos de la adopción respetando la identidad genérica del adoptado” (5).

(4) HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ed. Infojus, 2015, t. II, p. 429.

(5) HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial...”, ob. cit.,

Por su parte, el art. 622, permite la conversión de la adopción simple en plena. Es decir, se profundiza el vínculo adoptivo siendo los efectos de la Sentencia a futuro lo que significa que no se retrotraen al día en que se hubiera concedido la adopción simple.

Además, la adopción podrá ser unilateral o conjunta/dual (art. 599). De todos modos, la regla general es que las personas casadas o en unión convivencial podrán adoptar solo si lo hacen conjuntamente (el art. 604, asimismo, prevé la adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial). La adopción unilateral tendrá lugar únicamente en dos supuestos, esto es, la separación de hecho de los cónyuges o cuando el cónyuge/conviviente sea declarado incapaz o con capacidad restringida y no pueda prestar consentimiento válido para tal acto.

Dicho todo esto nos preguntamos: ¿en qué consiste la adopción póstuma o *post mortem* y cuál es el sentido de dicho instituto?

En ningún momento se conceptualiza de modo concreto la adopción póstuma o *post mortem* en el Código Civil y Comercial de la Nación, con excepción de lo dispuesto por el art. 605 que regula únicamente el supuesto de la adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores: “Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido”.

En la referida norma solo se contempla el caso de una pareja de adoptantes que tiene la guarda del menor cuyo período legal se termina de completar tras la muerte del otro cónyuge/conviviente. Pareciera entonces, que la única exigencia de la norma es que al menos uno de los

guardadores siga vivo para que luego se conceda la adopción. En consecuencia, el proceso seguiría su curso generándose en tal sentido un vínculo jurídico de filiación también con el cónyuge/conviviente fallecido. No obstante lo cual, nada se establece para el caso que se trate de una familia monoparental (aunque ya hay Jurisprudencia sobre este tema) o se mueran ambos guardadores (lo que ocurre en el Fallo comentado) o, alterando los lugares, fallezca el menor cuya adopción se pretende (sin contar las repercusiones en materia sucesoria que cada una de las hipótesis podría llegar a generar).

Señalamos también que el art. 605 se relaciona estrechamente con el art. 621 del cual hablamos en anteriores párrafos en cuanto a la “relajación” de los tipos adoptivos y con los arts. 616 y 618 del Código de Fondo que hablan del Juicio de Adopción, cómo y cuándo se inicia el proceso y que efecto tiene la Sentencia que se dicta en el mismo.

Entendemos que ante cualquiera de las situaciones antes planteadas se podría aplicar el art. 605 por vía de analogía siempre que se cumplan con los requisitos legales propios del instituto de la adopción y en tanto y cuanto la idoneidad de los adoptantes y su “voluntad adoptiva” y la “intención de ser adoptado” del menor, sean patentes e inobjectables, siempre en concordancia con los principios rectores conforme se dispone en los arts. 595 y 596 del Cód. Civ. y Com. Tal como lo expresa el Dr. Jauregui en su artículo “Una esencialmente justa adopción mortem” (en el cual también se explaya sobre el fallo analizado): “Como apreciamos en la solución, excede lo resuelto los límites que demarca el referido art. 605 del Cód. Civ. y Com., que pareciera exigir que al menos uno de los guardadores esté con vida al momento de otorgarse la adopción. Más en el caso en que ambos o el único guardador hayan fallecido no aparenta ser la señalada limitación un obstáculo insalvable para su aplicación. Ello así siempre y cuando se utilicen como en el anotado las herramientas hermenéuticas que suministra el mismo Código en armonía con la Constitución Nacional (arts. 1º, 2º, y ccs. del Cód. Civ. y Com.). Es decir, en otros términos, que la historia vital de la persona adoptada reflejada en las pruebas, en el caso concreto, alumbre como conveniente a su interés superior, otorgar la adopción *post mortem*. Es la ope-

ratividad de este principio de oro o llave maestra que justifica posibilitar que la máxima satisfacción simultánea de derechos sea materializada —como reza el fallo en glosa— en consonancia con las normas constitucionales que mandan a proteger integralmente a la familia (arts. 14 bis y ccs. de la CN) las que habilitan tal dictado. En síntesis, el art. 605 no regula acabadamente la cuestión, deja un margen la ponderación a una hipótesis no expresamente contemplada” (6).

Porque en definitiva, la adopción responde a fines humanitarios y encuentra su sustento como se explica en el fallo, en los valores de justicia, solidaridad y paz social siempre teniendo en cuenta que se trata del “... último recurso adoptado ante situaciones que de plano son irreversibles, viéndose obligados los operadores de Justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho de crecer y desarrollarse en familia” (7).

IV. Principio del Interés Superior del Niño (ISN) y Principio de Realidad Familiar

El Interés Superior del Niño o ISN es un concepto amplio e indeterminado, pero de gran peso discursivo porque traspasa por completo nuestra legislación en materia familiar. El mismo aparece en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Tratado Internacional al cual Argentina se adhirió y luego incorporó en su Constitución Nacional (art. 75, inc. 22). Por lo que vale aclarar lo siguiente: si el Tratado en cuestión tiene rango constitucional, entonces, el ISN ostentará dicho carácter.

En el orden local, el Interés Superior del Niño o ISN se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (junto con el dec. 415/2006), la Ley Provincial 13.298 de Promoción y Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y

Adolescentes (con las modificaciones dadas por las leyes 13.634 y 14.537), entre otras disposiciones legales vigentes.

En concreto, el art. 595 del Cód. Civ. y Com. establece todos los principios que rigen la adopción, entre ellos, el Interés Superior del Niño. Ahora bien, solo se limita a nombrarlo más no provee una definición precisa sobre este ni pautas objetivas para dotarlo de contenido. No obstante lo cual, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes complementa y refuerza al Código de Fondo reglamentando en su art. 3º que: “ se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Respecto de la Ley Provincial 13.298 de Promoción y Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, esta conceptualiza al ISN de manera similar a la ley 26.061 estableciendo los criterios para comprender en qué consiste el referido principio (según cada caso), priorizando la satisfacción de los derechos del niño en “... un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad...”

(6) JAUREGUI, Rodolfo G., “Una esencialmente justa adopción *post mortem*”, LA LEY, 14/06/2021, ps. 2-3. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1300/2021.

(7) “P. P. W. L. s/ adopción” (28/12/2020), Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1ª Nominación, San José de Metán, p. 1. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/73762/2020.

Si recurrimos a la Doctrina, la Dra. Graciela Medina define el Interés Superior del Niño de la siguiente manera: "... se trata de garantizarle su estatus de persona, así como los bienes y los derechos fundamentales que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor edad... la particular protección para que su propia entidad e identidad personal no se frustren, y llegue a ser mañana un ciudadano activo bien integrado en la sociedad" (8) y la Dra. Laura Lora como "... un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (...) debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño..." (9).

El denominador común entre Legislación y Doctrina es que nos demuestran que Interés Superior del Niño es un concepto dinámico y que ambas sirven como "... como un marco de actuación, que debe interpretarse conforme la realidad sobre la que se aplica" (10). El principio del Interés Superior del Niño no se configura como un compartimiento estanco sino que se relaciona con otros que rigen la adopción agrandando el margen de discrecionalidad de los Jueces a la hora de elaborar sus Sentencias.

Es fundamental considerar las particularidades del caso concreto así como los Derechos en juego para arribar a una solución fundada. De ahí la importancia del Principio de Realidad Familiar al que refiere la Jueza en el fallo analizado, para la evaluación de los intereses y necesidades del menor involucrado, y que se encuentra

(8) MEDINA, Graciela, "Principios del derecho de familia", Ed. La Ley, Argentina, 2016, p. 10, Cita Online: AR/DOC/986/2016.

(9) LORA, L. N., "El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño", en Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios, Ed. Suárez, Mar del Plata, 2006, ps. 479-488.

(10) YUBA, Gabriela, "El interés superior del niño y la elección de una familia en el caso de adopción plena", p. 3, disponible en: <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2014/10/El-Inter%20superior-del-ni%C3%B1o-y-la-elecci%C3%B3n-de-una-familia-en-un-caso-de-adopci%C3%B3n-plena.pdf>, fecha de consulta 27/10/2021.

vinculado con la normativa citada en lo relativo al desarrollo del menor y su "centro de vida". Tanto el niño como su realidad socioafectiva se tornan en los protagonistas de su Decisorio.

En las Actuaciones de referencia el menor estaba plenamente integrado con el matrimonio compuesto por la Sra. M. K. y el Sr. W. L. P. P. y con toda su familia extensa encontrándose en un ambiente apropiado para su crecimiento. Fruto de este razonamiento es que se llega a conceder la adopción plena póstuma o *post mortem* a la pareja fallecida, creándose un vínculo jurídico, asimismo, con la familia extensa. La Sentencia en los términos del ISN es clara en cuanto a su contenido y por sobre todas, las cosas justas, ya que, se escuchó al menor teniendo en consideración su edad y grado de madurez, se respetó su derecho a una vida en familia, se respetaron a los pretensos adoptantes ya fallecidos quienes manifestaron su voluntad de adoptar al niño, así como a su familia extensa que lo acogió para su cuidado.

De todo lo expresado en este apartado podemos sacar la siguiente conclusión: el principio del Interés Superior del Niño es un elemento clave para resolver los casos de adopción y de la mano del principio de realidad familiar, fundar una decisión que se ajuste a la circunstancias del caso, tomando forma lo expresado en la Sentencia en el sentido "... que se debe resolver las presentes actuaciones teniendo en cuenta que el Instituto de la Adopción es un instrumento legal establecido para la protección del niño y conforme con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, donde se dirimen problemas humanos cuyas soluciones se instrumentan a través del análisis del caso concreto y no mediante la aplicación de fórmulas o modelos predispuestos por consecuencias lógicas previamente establecidas del entramado normativo..." (11).

V. Derecho de Identidad

El Derecho de Identidad es una prerrogativa fundamental y personalísima. Esto quiere de-

(11) "P. P. W. L. s/ adopción" (28/12/2020), Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1ª Nominación, San José de Metán, p. 4. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/73762/2020.

cir que no hay persona sin identidad, y no hay identidad sin persona, tratándose de dos términos inseparables.

Al igual que el principio del Interés Superior del Niño, es en un concepto amplio e impreciso pero de una importancia tal que se encuentra legislado y protegido por normativa tanto nacional, como internacional.

Específicamente, el Código Civil y Comercial de la Nación no define al Derecho de Identidad y solo cuenta con artículos dispersos que directa o indirectamente se refieren al mismo, entre ellos, los Títulos V Filiación (arts. 558 a 593) y VI Adopción (arts. 594-637) del Libro Segundo denominado “Relaciones de familia”.

En el ámbito de la adopción, el art. 595 consagra dos principios que se relacionan entre sí: el respeto por el Derecho a la Identidad y el Derecho a conocer lo orígenes. Sumado a eso, en el art. 596 se concentra en desentrañar en qué consiste el derecho a conocer los orígenes: como el adoptado, siempre que tenga la edad y el grado de madurez suficientes, puede acceder al expediente judicial en el cual se tramitó su adopción o la información obrante en los registros que pudieran corresponder (los datos contenidos en los expedientes/registros deben ser lo más completo posible), encontrándose incluso facultado para iniciar una acción autónoma con el objeto de conocer sus orígenes (como se puede ver la regulación es de amplia legitimación).

Respecto a que se entiende por Derecho de Identidad, el Dr. Fernández Sessarego ha dicho que consiste en un “... conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro...” (12). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de

atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia” (13).

Por otro lado, siguiendo nuevamente los lineamientos del Dr. Fernández Sessarego, se puede distinguir al Derecho de Identidad en sus dos facetas: 1) *Estática*: datos que hacen a la identificación y existencia material de un individuo (aspecto inmutable); 2) *Dinámica*: dada por el despliegue de la personalidad y el entorno social, cultural, en el cual individuo se desenvuelve (aspecto mutable).

Desde ya que, ambas se encuentran protegidas en el fallo comentado puesto que se respetó la historia vital menor a lo largo del proceso legal mediante el cual se lo emplazó al estado de hijo de la pareja fallecida que tuvo su guarda.

La faz dinámica de su identidad filiatoria se consideró consolidada dentro de la familia extensa de los Sres. M. K. y el W. L. P. P. El fallo hace especial hincapié en ella tomando como referencia la buena relación existente entre M. P. y la misma, dado que se le proveyó un ámbito adecuado para su desarrollo, lo que se encontró respaldado por sus declaraciones en las audiencias y demás informes que se presentaron en la causa.

La faz estática también fue resguardada al imponerse a dicha familia extensa la obligación de revelarle al menor todo dato relativo a su origen. Porque en a la adopción el Derecho de Información es de amplia aplicación y en especial la adopción plena “... no borra de un plumazo... la biografía de quien será adoptado” (14).

Asimismo, V.S. resolvió modificar el apellido del niño, quien pasó a llamarse M. P. K.

(13) “Fornerón e Hija vs. Argentina” (27/04/2012), Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 38.

(14) “L., M. s/ adopción” (05/08/2020), Juzgado de Menores N° 3, Provincia de Corrientes, p. 14.

(12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, ps. 99 y ss.

En principio, el nombre, compuesto por prenombre y apellido, es considerado como elemento integrante de la faz estática de la identidad puesto que sirve para designar a un sujeto, individualizarlo de modo exclusivo y distinguirlo de los demás. Y más precisamente es el apellido lo que le permite a una persona identificarse con su familia ello respecto de todo el entorno social que la rodea.

En este caso, el niño siempre se sintió identificado con el apellido de su guardadora fallecida y ante las preguntas de la Magistrada en las Audiencias prefirió ser llamado M. P. K. A resultados de ello, el Fallo comentado refleja cómo se sobreponen la faz estática con la dinámica y en tal sentido el apellido logra formar parte de ambas poniéndose en evidencia la estrecha relación existente entre las mismas y como a partir de la faz estática se comienza a desarrollar la faz dinámica. Lo que, en función de los principios de Realidad Familiar e Interés Superior del Niño y el art. 626 del Código que impone las reglas relativas al apellido del menor en la adopción plena (se valoró especialmente la opinión de M. P. a tales efectos), resulta completamente lógico por la relación que existió entre el menor y los Sres. M. K. y W. L. P. P. y la relación que existe entre M. P. y su familia extensa. Nótese entonces, que la cobertura por parte de la Magistrada respecto de este tema es flexible (ponderando siempre las distintas aristas del caso concreto) y comprende ambas faces de la identidad del menor M. P.

VI. Palabras de cierre

El caso de análisis es un claro ejemplo de cómo se pueden ampliar los tipos adoptivos, sus límites y efectos.

Y también es un claro ejemplo de una Sentencia justa porque la Magistratura priorizó la figura del menor quien se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad al haber perdido primero a su familia biológica y después a sus pretensos adoptantes. En pocas palabras, se respetó el interés superior del niño (se lo escuchó) y su identidad (se tuvo en cuenta su historia personal). Sin olvidar que él contó en todo momento con el apoyo de una familia extensa dispuesta a darle afecto y dedicarse a su cuidado aún habiendo fallecido sus guardadores.

Tomaremos como palabras de cierre las que pone la Jueza en su fallo: “La ley nos impone el compromiso de hacerte conocer tu realidad biológica y quisiera M. que cuando puedas y desees acceder a este expediente, sepas que todos los que trabajamos para que tu deseo se haga realidad, no solo te escuchamos atentamente, sino que lo hicimos con todo nuestro ser, entendiendo desde lo más profundo tus sentimientos y valorando cada una de tus palabras dando prioridad siempre a tu bienestar y a tu felicidad. Saber escucharte es saber comprenderte y esa es una misión que estamos cumpliendo, haciendo lugar a lo que con tanto amor nos estas pidiendo y así puedas construir tu propia historia” (15). A lo que agregaremos: misión cumplida.

VII. Bibliografía complementaria

BASSET, Ursula C., “La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial”, disponible en https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/baset/Baset_JA_2014_La_Adopcin_en_el_Nuevo_Cdigo_Civil_y_Comercial.pdf, fecha de consulta 10/10/2021.

BERTOLE, Cecilia — TORROBA, Esteban, “El interés superior del niño como principio rector en materia de adopciones: controversias entorno a las guardas de hecho en el Nuevo Código Civil y Comercial argentino”, *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

CERUTTI, María del Carmen — PLOVANICH, María Cristina, “Identidad personal”, disponible en: <https://studylib.es/doc/5108316/identidad-personal---academia-nacional-de-derecho-y-ciencias>, fecha de consulta 21/10/2021.

GARATE, Rubén M., “El interés superior del niño en la filiación por adopción”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 46, Año 13, UNLP, 2016. ISSN 0075-7411, 2016.

GUGLIELMINO Adriana del C., “La adopción *post mortem* unilateral y sus diversos criterios jurisprudenciales”, Ed. Erreius, Buenos Aires, febrero 2021, disponible en:

(15) “P. P. W. L. s/ adopción” (28/12/2020), Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1ª Nominación, San José de Metán, p. 5. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/73762/2020.

<https://www.errei.us.com/actualidad/11/familia-sucesiones-y-bioetica/Nota/1051/la-adopcion-post-mortem-unilateral-y-sus-diversos-criterios-jurisprudenciales>, fecha de consulta 09/10/2021.

JÁUREGUI, Rodolfo G, “Una esencialmente justa adopción *post mortem*”, LALEY, 14/06/2021, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1300/2021.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — MOLINA DE JUAN, Mariel F, “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, Publicado en: RCCyC 2015, noviembre 2015, Disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>, fecha de consulta 19/10/2021.

KRASNOW, Adriana N., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. La Ley, CABA, 2015, t. III.

MEDINA, Graciela, “La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación”, disponible en: https://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciela_LA_ADOPCION.pdf, fecha de consulta 10/10/2021.

PIZARRO MARTÍNEZ, María Constanza, “Adopción *post mortem*: cuando las realidades nos obligan a pensar más allá de las regulaciones específicas”, Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Coordinadoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, Buenos Aires, junio 2020, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49058.pdf>, fecha de consulta 20/10/2021.

PETRELLI, María Elisa, “Manual de derecho de familia”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, marzo 2019.

NAZAR, Élida, “La adopción y su proceso: un camino perpetuo”, 2019, Disponible en: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/>

[handle/ues21/16640/NAZAR%20ELIDA.pdf?sequence=1](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/16640/NAZAR%20ELIDA.pdf?sequence=1), fecha de consulta 21/10/2021.

SANGALLI, Marianela Noel — ORTIZ, Florencia Soledad — WAJSMAN, María Victoria — SÁNCHEZ, César R. — SCHMIDT, Constanza, “El interés superior del niño en las adopciones homoparentales”, *Lecciones y Ensayos* 92, 2014, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/92/el-interes-superior-del-nino-en-las-adopciones-homoparentales.pdf>, fecha de consulta 23/10/2021.

SESMA, Ingrid, “Algunas innovaciones en materia de adopción”, México, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/8.pdf>, fecha de consulta 19/10/2021.

VII.1. Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley Provincial 13.298 de Promoción y Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

VII.2. Jurisprudencia

“Forneron e Hija c. Argentina” (27/04/2012), Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos humanos.

“L., M. s/ adopción” (05/08/2020), Juzgado de Menores N° 3, Provincia de Corrientes.

“M. M. L. s/ adopción” (2018), Rosario, Santa Fe.

“P. P. W. L. s/ adopción” (28/12/2020), Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1ª Nominación, San José de Metán, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/73762/2020.

Adopción *post mortem*: el niño como protagonista de la filiación adoptiva

Retroactividad de la sentencia: derechos
filiatorios y derechos hereditarios.
Socioafectividad

Graciela C. Ignacio (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Consagración de la adopción *post mortem*. Hijo póstumo adoptivo.— III. El hijo póstumo en nuestra normativa.— IV. El fallo en comentario. Hijo póstumo sin derechos hereditarios.— V. Palabras finales.

I. Introducción

En el fallo en comentario, dictado el 28 de diciembre de 2020, se concedió al niño M. P. K. (nacido el 14/08/2011), la *adopción plena* como hijo de sus guardadores preadoptivos, ambos fallecidos (P. W. L. fallecido 30/05/2020 y K. M. fallecida 24/11/2018), con efecto retroactivo a la fecha sentencia de guarda con fines de adopción conferida el 26 de diciembre de 2018 (Exp- te. 41.425/2015). Se decidió que este niño lleve el apellido de ambos cónyuges.

Se trata de un *caso especial de adopción post mortem*, ya que *ambos* miembros del matrimonio *habían fallecido* cuando se dictó la sentencia de adopción. El niño quedó al cuidado de la

madre de la cónyuge premuerta, ahora su abuela materna, habiendo mantenido y manteniendo vínculos familiares socioafectivos con toda la familia extensa del matrimonio desde su nacimiento.

Los fundamentos del fallo se centraron en el *interés superior del niño* y en los antecedentes de la causa que denotaban su posesión de estado de hijo, en la *adopción como instrumento protector del niño* adecuado para proteger sus intereses y la *máxima satisfacción de su derecho a tener una familia* (arts. 3.1 y 21 de la de la Convención de los Derechos del Niño y art. 594 Cód. Civ. y Com.). Asimismo, se tuvo en cuenta especialmente, *el deseo del niño* no contrario a su interés (art. 12 CIDN), la “preservación de la identidad dinámica del niño” (art. 8° CIDN), y el “desarrollo integral del niño” en un ambiente familiar... ahora con su abuela materna y el resto de la familia ampliada.

Citando a la Dra. Marisa Herrera, se expresó en el fallo: “no son la familia de origen ni la adoptiva los principales protagonistas de la adopción, sino el niño (Código Civil y Comercial

(*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con título de Especialización en Derecho de Familia de posgrado de la UBA, con más de 35 años de ejercicio liberal de la profesión. Profesora de la carrera de Abogacía en Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la UBA, de UADE y de IUPFA. Autora de ponencias en congresos y jornadas, disertante convocada por diversas instituciones, y autora de numerosas publicaciones en libros y revistas especializadas.

de la Nación Comentado / Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti - 1ª ed. - Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, año 2015, T. IV, p. 19)”, lo cual inspira en parte, el título del presente trabajo.

Antes de comenzar, quisiera resaltar que se encuentran en juego, entre otras no menos importantes, las previsiones de los art. 605 (1) y 618 (2) del Cód. Civ. y Com., que prevén a la concesión de la adopción al matrimonio guardador preadoptivo luego del fallecimiento de uno de ellos antes de completado el plazo de guarda judicial, y el efecto retroactivo de la sentencia de adopción que emplaza como hijo del matrimonio al adoptado, a la fecha de la sentencia de guarda.

Se pretende analizar en este artículo la normativa en torno del hijo póstumo en general, reflexionar sobre estas normas señaladas en la adopción en particular, y considerar sus implicancias en este caso concreto: *hijo póstumo adoptivo y heredero legitimario como descendiente* [arts. 2426 (3) y 2444 (4)].

Además, convengamos que la filiación en general no es un compartimiento estanco dentro del derecho, realiza el derecho constitucional y supranacional a la identidad fami-

(1) Art. 605. Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores. Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

(2) Art. 618. Efecto temporal de la sentencia. La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

(3) Art. 2426.-Sucesión de los hijos. Los hijos del causante lo heredan por derecho propio y por partes iguales.

(4) Art. 2444.-Legitimarios. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

liar y a crecer y desarrollarse en una familia, emplaza como hijo de los progenitores según determina la ley, confiere el apellido familiar, genera parentesco con la familia de los progenitores [en la adopción, según sus efectos, plena y simple, o con facultades judiciales de extender los efectos —art. 621 (5)—], confiere derechos hereditarios legítimos según los principios generales de la sucesión intestada y también derechos a una porción legítima de la herencia.

II. Consagración de la adopción *post mortem*. Hijo póstumo adoptivo

La adopción *post mortem* fue receptada por nuestras leyes de adopción (6) 13.252/1948 (art. 11), 19.134/1971 (art. 15) y 24.779/97 (art. 324 Cód. Civil) previendo el caso de que uno de los integrantes del matrimonio falleciera antes de la sentencia de adopción, y el nuevo Cód. Civ. y Com. (art. 605) también la reguló, ampliándolo a la unión convivencial (7).

Se tiene en cuenta que, la *identidad familiar del niño* se fue construyendo con la pareja guardadora en el devenir cotidiano *incluyéndolo en su proyecto de vida familiar*, lo cual impone el *respeto al derecho del niño a la identidad dinámica y el respeto por la vida familiar* (8), el juez está facultado para reconocer efectos jurídicos filiatorios con el fallecido, fundado en el interés superior del niño y los antecedentes de la causa, y adicionar el apellido del guardador fallecido,

(5) Art. 621. Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

(6) DE LA TORRE, Natalia. “Comentario art. 605. Tratado de Derecho de Familia”. KEMELMAJER, HERRERA, LLOVERAS. Rubinzal Culzoni. 2014, Tomo III.

(7) Ídem.

(8) HERRERA, “Comentario Art. 605. Código Civil Comentado”, Tomo III, pp. 385.

considerando que el apellido es un dato identificatorio que denota la pertenencia a una familia determinada, y es parte del derecho a la identidad familiar.

Como puede observarse, se contempla en la norma que uno de los dos guardadores conjuntos haya fallecido, facultándose al juez establecer vínculo filiatorio adoptivo con ambos y adicionar el apellido del muerto, pero *ninguna* de estas normas antes mencionadas, ni la actual normativa, *receptó la adopción post mortem monoparental*, aun cuando la ley admite plenamente la adopción unilateral (art. 599 Cód. Civ. y Com.), sin que desde la misma ley se conceda privilegio a la adopción conjunta de matrimonio o unión convivencial, ya que el único privilegiado es el niño según su interés superior conforme sus circunstancias (art. 595 Cód. Civ. y Com.). Ante esa omisión, se ha expresado que “la realidad familiar acaecida en los hechos no puede ser desoída por el derecho sin conculcar los derechos del sujeto más importante en este proceso, el niño” (9).

Podría suponerse que el legislador siguió la línea histórica originaria de favorecer la unión matrimonial y la familia matrimonial, incluyendo solamente la unión convivencial para adecuarla a la nueva legislación, *pero* sin advertir que debía consagrar también el cambio que ha sobrevenido en torno a los distintos tipos de familias, con la misma jerarquía, que existen en la actualidad (10). Sin embargo, desde la visión del niño adoptado, el Interés Superior del Niño

(9) DE LA TORRE, Natalia, “Comentario art. 605. Tratado de Derecho de Familia”. KEMELMAJER, HERRERA, LLOVERAS. Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo III.

(10) BADILLA, Ana Elena. “El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. El Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art. 15 del Protocolo de San Salvador: “El derecho a fundar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo; o sea, puede estar o no fundada en un matrimonio”. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>. Agregamos que la Corte Interamericana de derechos Humanos en la causa “Formerón e hija vs. Argentina” del 27 de abril de 2012, subrayó que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203.

(arts. 3° CIDN y 595 Cód. Civ. y Com.) y su derecho a la identidad dinámica (art. 8° CIDN) permiten al juez salvar la omisión de la ley, y resolver otorgándole la máxima satisfacción de sus derechos conforme las constancias de la causa.

Empero, en la adopción *post mortem* no podemos dejar de advertir consecuencias distintas en el futuro del niño, ya que, si uno de los guardadores conjuntos quedara vivo, es este quien se hará cargo del cuidado del niño adoptado “por ambos” y ejercerá la responsabilidad parental (art. 641 “c” Cód. Civ. y Com.), pero si muere un único guardador “adoptante”, resultará necesario indagar quién se hará cargo de ese cuidado.

Aun así, la adopción *post mortem* ha sido receptada por nuestra jurisprudencia, tanto en caso de un miembro fallecido de la pareja guardadora como en el caso de muerte del único guardador monoparental, según dan cuenta los antecedentes hasta el momento.

Entre estos antecedentes encontramos también, *el pedido del niño ya mayor de edad pos fallecimiento del pretense adoptante luego del iniciado el proceso de adopción por el adoptante* (11) (fundado en época del fallo en el art. 19 de la CN, de esta manera se “favorece” el instituto de la adopción en vez de empobrecerlo), y el *pedido de pretensos adoptantes ya fallecido el niño* durante el proceso de adopción (12) [“...No podemos olvidar que la identidad dinámica es recíproca, no solo del niño sino también de los adultos, teniendo derecho ellos a que se les reconozca que tuvieron un hijo adoptivo y que ante el dolor de su pérdida, el vínculo afectivo quede debidamente constituido con la filiación adoptiva” (13)].

También encontramos fallos de filiación adoptiva *post mortem*, en los cuales el *proceso*

(11) Juzgado de 1ra. Inst. Civ. y Com. de Morón, 26/08/1993 (SMG JA, 1994-III, 509)

(12) Juzgado de 1ra. Inst. Civ. y Com. 6ta Nominación de Río Cuarto, 18/11/2011, “MCR c. BSB”. Abeledo Perrot, AR/JUR/288/2011.

(13) Citado por HERRERA, “Comentario art. 618 Cód. Civ. y Com. Comentado”. LORENZETTI, Tomo IV, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 161 y ss.

de adopción fue iniciado en representación del niño, ya fallecido su guardador monoparental y el reconocimiento de sus derechos hereditarios. Uno de ellos es el caso del proceso de adopción promovido por una Defensora de Menores (14), luego de la muerte de una mujer pocos días después de haber aceptado la guarda preadoptiva de un niño, a quien había tenido a su cuidado con anterioridad por dos años y medio, fue resuelto a favor de la adopción *post mortem* monoparental del niño, incluido como hijo en su declaratoria de herederos, y quedando bajo la tutela de una tía materna. En este fallo CS anuló la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, resolviendo a favor de la adopción del niño, sus fundamentos giraron en torno del *interés superior del niño*, o sea lo que resulta de mayor beneficio para el niño, en su derecho a la identidad (resaltando los párrafos del fallo CIDH Fornerón vs. Argentina 27/04/2012), y ponderando la *posesión de estado de hijo* que había tenido el niño respecto de la mujer, que en vida “generó con él un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como “mi hijo” en uno de sus testamentos ológrafos”.

El otro caso de sentencia de adopción póstuma es de una niña con acción interpuesta por la titular de la Dirección Provincial de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 2da. Circunscripción (15), luego de la muerte de la guardadora monoparental seis meses después de otorgada la guarda preadoptiva de la niña

(14) “Recurso de hecho de deducido por el Defensor Oficial de A. M. d S. en la causa CS, 26/09/2012, “M. D. S. R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”. LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA Id SAJ: FA12000168. <http://www.sajj.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-otra-ordinario-nulidad-sentencia-impugnacion-declaratoria-herederos-fa12000168-2012-09-26/123456789-861-0002-1ots-eupmocsollaf>.

(15) Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario (Santa Fe), 22/08/2019, “T.G. s/ adopción” Cuij Nro XXX. Expte. N° 2587 - Citar: elDial.com - AAB984. <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200505112843566/adopcion-post-mortem-interes-superior-del-nino-derecho-a-ser-oido-derecho-a-la-identidad-doctrina-de-la-corte-suprema>.

en 2016, (mediando sucesivas guardas provisionales anteriores) quien había estado a su cuidado desde el año 2009. Con la muerte de su guardadora, la niña de entonces 7 años se vio privada de ser hija adoptiva de quien por “más de seis años la cuidó, veló por su bienestar y por sobre todo brindó amor incondicional”, el Tribunal resolvió a favor de la adopción y del vínculo de hermanas con una hija adolescente de la fallecida, incluyéndola en la declaratoria de herederos. Los fundamentos fueron el *interés superior del menor*, sus deseos expresados en ejercicio de su derecho a ser escuchada y su *derecho a la identidad dinámica*, forjado durante el amoroso cuidado de la fallecida, es decir *el trato de hija que ha recibido la niña*.

Me interesa en particular señalar también, un comentado fallo de adopción *post mortem*, en un caso que se inició con entrega de una niña a un matrimonio en guarda de hecho, durante el trámite de guarda preadoptiva judicial falleció la guardadora, se concedió la guarda judicial unilateral al cónyuge sobreviviente, pero concluyó en una sentencia de adopción de doble filiación, conferida para ambos integrantes de la pareja (16), habiéndose expresado que la ley trata de *asimilar la situación del adoptado al “hijo biológico post mortem”* (17).

III. El hijo póstumo en nuestra normativa

Conocidas son en nuestro derecho las tres fuentes de filiación: *por naturaleza* (concebido por relación sexual fértil de sus progenitores, con quienes comparte su genética, sin que intervenga la autonomía de la voluntad), *por TRHA* (concebido mediante el auxilio de las técnicas médicas de fertilización humana asistida mediando el acto jurídico médico llamado “voluntad procreacional” de sus progenitores —art. 562 (18)— con significativa autonomía de la vo-

(16) Juzgado Civil y Comercial de Anatuya, 11/04/2006, “LSR”. Abeledo perrot on line 1/101/2184.

(17) IPARRAGUIRRE, “Adopción Póstuma”. Abeledo Perrot AP/DOC/927/2012. Citado por HERRERA, “Comentario Art. 605 Cód. Civ. y Com. Comentado”. LORENZETTI, Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo IV, pp. 80. Juzgado Civil y Comercial de Anatuya, 11/04/2006, “LSR”.

(18) Art. 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

luntad en el emplazamiento filiatorio del nacido con quienes puede o no compartir su genética, y no tiene vínculo filiatorio con el donante de gametos o “donante anónimo”), y *por adopción* (emplazado como hijo —sin compartir la genética obviamente— con sentencia constitutiva de adopción plena o simple, y efectos declarativos retroactivos a la guarda judicial preadoptiva o inicio del proceso de adopción según el caso [arts. 594 y 618 (19)] donde la autonomía de la voluntad de ser padres adoptantes, no es suficiente para consolidar el vínculo, pero la posesión de estado de hijo ocupa un lugar preponderante.

III.1. Hijo póstumo ya concebido a la muerte de la persona (por naturaleza y por TRHA)

Recordemos que nuestra legislación establece que, *la madre del niño es quien tuvo el parto, por naturaleza o por THRA* [arts. 562 y 565 respectivamente (20)], de manera que, *si la madre muriera durante el parto y el niño sobrevive un solo instante separado del cuerpo de su madre, sería su hijo* [art. 21 (21)] y también su heredero legiti-

también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

(19) Art. 594. Concepto... La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código... Art. 618.-Efecto temporal de la sentencia. La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

(20) Art. 562.-Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz ... Art. 565. Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge....

(21) Art. 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

mario como descendiente [art. 2279 inc. “b” (22), 2426, 2444 y ccs].

No quedó plasmada en nuestra legislación la subrogación de vientres (23), la cual permite desplazar de la filiación al nacido de una madre portadora que tuvo el parto, debido a las voces en contra que se elevaron resaltando la posibilidad de explotación de las mujeres en situación de vulnerabilidad (no se puede disponer del cuerpo de la mujer gestante, salvo con valor “afectivo” [art. 17 Cód. Civ. y Com. (24)]. Esta figura fue contemplada el Anteproyecto, mediante utilización de TRHA, con judicialización y reglas claras y específicas, entre otras que la gestante no aportara sus gametos y que sí lo hiciera al menos uno de los comitentes [art. 562 (25)].

(22) Art. 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el Art. 561...”

(23) Puede profundizarse el tema en el artículo de la autora “Fertilización *Post mortem*. El Proyecto del hijo que se frustra con la muerte de uno de los miembros de la pareja. Las fuentes de filiación en nuestro país”. Comentario al fallo del Dr. Harbide en los autos “A. M. I. s/autorización judicial” del Juzgado de Primera Instancia Nro. 4 Departamento Judicial de San Isidro. 29/04/2021. Temas de Derecho de Familia, “Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética”. Ed Erreius, octubre 2021.

(24) Art. 17. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

(25) Anteproyecto Art. 562. “Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no

A pesar de no haber sido consagrada legislativamente la subrogación de vientre, nuestra jurisprudencia ha receptado la práctica de “sustitución solidaria” en numerosos fallos (26), emplazando al nacido sin vínculo genético con la mujer gestante o portadora, como hijo de quienes prestaron su voluntad procreacional, compartiendo la genética con uno o ambos miembros de una pareja; los fundamentos han sido la protección del derecho a la identidad del nacido (27), la autonomía de la voluntad y el derecho a formar una familia (28). *Si el hijo sobreviviera a su o sus progenitores por TRHA (comitentes), sería hijo póstumo y heredero legítimo como descendiente (arts. 21 y 2279 inc. “c” y 2426).*

Contamos también con antecedentes jurisprudenciales que *mantienen la maternidad de la madre portadora* que tuvo el parto, si bien se inclinan por la adopción de integración por parte del cónyuge de quien que ha quedado emplazado como progenitor por TRHA con su aporte genético (29). En un último fallo del año 2020, que también se sugiere y enaltece la adopción, se destaca la importancia, para el niño, que ha tenido la madre gestante tanto en su desarrollo como en su posterior nacimiento, y considera que “la voluntad procreacional rige donde no

se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos [2] veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un [1] hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

(26) Al 2019 ya existían más de 45 fallos, el 74% de parientes y amigos íntimos -<https://lndiario.com.ar/contenido/183672/en-argentina-ya-son-45-los-fallos-que-autorizan-gestaciones-solidarias->.

(27) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 15/12/2015, “C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento Filiación - Determinación de la maternidad - Maternidad subrogada. Inscripción de nacimiento. Acción declarativa de certeza”.

(28) Juzgado de Familia N° 2 de Moreno, 04/07/2016, “P. S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar”. Abeledo Perrot AR/JUR/42506/2016. Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza, 06/09/2017, “M. M. C. y Daniel Pérez J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas”. APFAMJD 04/08/2016. Cita online: AR/JUR/60950/2017.

(29) CNCiv., sala H, 24/10/2016, “S. T., A. y otros s/ inscripción de nacimiento”.

rige el vientre” (30). *En los casos en que se mantiene la filiación con la madre portadora, si ella muriera durante el parto, el nacido sería su hijo y su heredero legítimo como descendiente (arts. 21 y 2279 “b”, 2426, 2444 y ccs).*

En la *filiación por naturaleza matrimonial*, está prevista la doble filiación en nuestro Cód. Civ. y Com. [art. 566 (31)], el hijo nacido con posterioridad al fallecimiento del varón matrimonial cónyuge de la madre, por presunción legal de filiación matrimonial con este, cuando nace dentro de los 300 días posteriores a su muerte, tiene por padre al cónyuge de la madre, ya que se presume iuris tantum que ha sido concebido durante el matrimonio (el fundamento está dado en el proyecto de vida íntima de la pareja, sin perjuicio de que el deber de fidelidad se ha previsto en la nueva normativa que nos rige, como “deber moral” —art. 431—, esto no significa que se presume que todas los matrimonios son abiertos, excluyendo a los matrimonios “tradicionales” que se entregan sexualmente el uno al otro, limitando voluntariamente esa sexualidad entre ellos (32). La misma presunción de filiación con el fallecido, mediando *nacimiento dentro de ese plazo*, opera en caso de *filiación por TRHA*, si muriera el o la cónyuge de la madre, siempre que existiera un consentimiento

(30) CNCiv., sala K, 28/10/2020, “F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación” con nota de ALES URÍA, “Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal” DFyP 2021 (junio), 04/06/2021, 73. TR LALEY AR/DOC/1197/2021.

(31) Art. 566.- Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

(32) UGARTE, “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”. La ley, 08/06/2015, 1. MAZZINGHI, El resarcimiento de los daños resultantes de la ruptura voluntaria del proyecto de vida en común”. Comisión N° 3, Daños: “Daños derivados de las relaciones de familia”. [http://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/pdf/1447343372_COMISION%203%20-%20MAZZINGHI%20\].pdf](http://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/pdf/1447343372_COMISION%203%20-%20MAZZINGHI%20].pdf).

previo, libre e informado del occiso/a. *Estos nacidos con posterioridad a la muerte del o la cónyuge de la madre, serían los hijos del fallecido y sus herederos legitimarios como descendientes* (arts. 21 y 2279 “b”, 2426, 2444 y ccs.).

En la *filiación por naturaleza extramatrimonial*, la determinación de la paternidad está dada por el acto jurídico de reconocimiento o por la sentencia de reclamación de la filiación, y en los casos de TRHA se determina por la voluntad procreacional [art. 570 (33)].

En la *filiación extramatrimonial por naturaleza*, el varón quién aportó naturalmente sus gametos, tiene el antecedente genético procreacional que lo sindicaba legalmente como padre, *si reconoce al hijo concebido*, como puede hacerlo, *antes de su nacimiento* [arts. 574 (34) y 571] y muere con posterioridad al reconocimiento, *el nacido será su hijo y su heredero legitimario como descendiente* (arts. 21 y 2279 “c”, 2426, 2444 y ccs.). Hacemos la salvedad, de que el acto jurídico de reconocimiento, tiene una autonomía de la voluntad limitada porque si no se reconoce al hijo que se sabe suyo se incurre en responsabilidad civil por violación del derecho a la identidad del hijo (art. 587); es un acto entre vivos unilateral no receptivo, irrevocable y con efecto retroactivo, el cual puede estar “contenido” en un testamento, pero su eficacia no depende de la muerte del testador-reconociente, ni de la validez de las formas testamentarias, porque el reconocimiento de un hijo es de contenido extrapatrimonial con efectos patrimoniales y no es de última voluntad, por lo que no corre la suerte del testamento (35), sino que su autonomía y

retroactividad depende de que se cumplan las formas del acto jurídico de reconocimiento en sí mismo (sea como instrumento público o privado).

Si la persona muere encontrándose concebido el hijo extramatrimonial que nace después, pero *sin haberlo reconocido*, debe iniciarse *acción de reclamación de la filiación contra sus herederos*, a fin de emplazar al nacido como su hijo [art. 582 (36)], en este contexto contamos con presunciones *iuris tantum*, puede acreditarse en juicio la *convivencia de la madre* con el presunto padre alegado, durante la época de la concepción, o sea durante los primeros 120 días de los 300 que preceden al nacimiento [arts. 20 y 585 (37)], y puede acreditarse la *posesión de estado* o trato de hijo que le haya dado el fallecido, estando embarazada la madre, por cualquier medio de prueba [art. 584 (38)]. También puede recurrirse a la *prueba genética “post mortem”* (art. 580) mediante comparación de muestras de sitios polimórficos del ADN, la cual puede decretarse de oficio o a petición de parte, sea mediante la extracción de material cadavérico, o comparando con los dos progenitores vivos del presunto padre alegado, e inclusive como reza la norma anterior (art. 579), mediante comparación con material genético de los hermanos por naturaleza, ya que nada obsta a que el juez así lo decida, fundamentalmente porque está en juego el derecho a la identidad filiatoria del hijo. La sentencia de filiación por naturaleza que se dicte será de *emplazamiento en el estado de hijo* del fallecido y creará el título de estado formal del

siendo válido...” Derecho al Día. Año XIX. Edición 346. 15/10/2020. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/sucesion-testamentaria-contenido-de-las-disposiciones-testamentarias/+8149>.

(36) Art. 582.- Reglas generales... El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores. En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige *contra sus herederos*...

(37) Art. 584. 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.

(38) Art. 584.- Posesión de estado. La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexa genético.

(33) Art. 570.- Principio general. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

(34) Art. 574.- Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.

(35) HERNÁNDEZ, Lidia, “Sucesión testamentaria: contenido de las disposiciones testamentarias” podemos decir que las disposiciones extrapatrimoniales ... puede estar contenido dentro del testamento y son entendidos como la última voluntad. Salvo cuando se hace el reconocimiento de un hijo. Ahí es diferente porque es un acto entre vivos y por lo tanto si el testamento cae, por ejemplo, por vicios de forma el reconocimiento del hijo sigue

cual carece, será *declarativa retroactiva*, porque reconoce la realidad biológica genética antecedente del hijo y porque se retrotrae a la concepción del hijo, por lo tanto, *será hijo del fallecido y su heredero legítimo como descendiente* (arts. 21, 2279 “b”, 2426, 2444 y ccs.)

En la *filiación por TRHA*, la filiación está determinada por la “voluntad procreacional”, la persona/s debe prestar su consentimiento previo a someterse a la técnica y renovarse ese consentimiento al tiempo de utilización de gametos o embriones [art. 560 (39)], y la *fertilización se realiza en vida de la persona. Si muere después, el concebido en vida y nacido luego de su muerte, es su hijo y su heredero legítimo como descendiente* (arts. 21 y 2279 “b”, 2426, 2444, y ccs.).

Ahora bien, esto nos introduce necesariamente en la “fertilización *post mortem*” (40), que se diferencia de la filiación póstuma, porque en esta segunda como hemos visto el nacido ya está concebido a la muerte de la persona, mientras que en la que estamos por comentar, *la fertilización por TRHA se realiza luego de la muerte de una persona*.

III.2. Hijo póstumo no concebido a la muerte de la persona (TRHA). Fertilización *post mortem*

La *fertilización post mortem* no ha sido plasmada en nuestra legislación, en virtud de los argumentos en contra que destacaban el interés del niño condenado *ab initio* a nacer huérfano, ya que tiene derecho a conocer y a ser criado por ambos padres (art. 7° CIDN). Esta figura estaba

(39) Art. 560.-Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones

(40) Puede profundizarse el tema en el artículo de la autora “Fertilización *post mortem*. el proyecto del hijo que se frustra con la muerte de uno de los miembros de la pareja. las fuentes de filiación en nuestro país.” Comentario al fallo del Dr. Harbide en los autos: Juzgado de Primera Instancia Nro. 4, Departamento Judicial de San Isidro, 29/04/2021, “A. M. I. s/autorización judicial”. Temas de Derecho de Familia, “Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética”. Ed Erreius octubre 2021.

contenida en el Anteproyecto [art. 563 (41)], dando derechos filiatorios al nacido con normativa precisa y específica, contemplando el proyecto de vida familiar de una pareja mediante TRHA ya iniciado el proceso médico y que se truncaba por la muerte del o la cónyuge o conviviente de una mujer, el fallecido/a debía *consentir en vida* (por consentimiento previo médico o por testamento) que los *embriones producidos con sus gametos* podían transferirse a la *mujer después de su muerte*, imponiendo el plazo de *un año* para la transferencia. Esta norma que otorgaba doble filiación al nacido se conjugaba con el art. 2279 inc. “c” (42) Cód. Civ. y Com. que confería derechos hereditarios al embrión implantado *post mortem* dentro de los parámetros legales; igualmente este inciso “c” subsiste en la norma actual, generando posturas encontradas en la doctrina sea desconociendo derechos hereditarios puesto que el nacido debe ser concebido en vida (43), o reconociendo derechos hereditarios al nacido de esta técnica de fertilización *post mortem* (44).

Sin embargo, podemos encontrar en nuestra jurisprudencia, variados casos de fertilización *post mortem*, presumiendo el consentimiento previo del fallecido para que el nacido sea su hijo póstumo o considerando que se había otorgado, e inclusive sin consentimiento, sea insemina-

(41) Anteproyecto art. 563 En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.”

(42) “c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el Art. 561”

(43) MEDINA ROLLER, “Manual de Sucesiones”. Thomson Reuters, pp. 89.

(44) CÓRDOBA, “Comentario art. 2279. Código Civil y Comercial Comentado”. LORENZETTI, Tomo X, pp. 402, Rubinzal Culzoni, pp. 402. HERRERA - CAMELO - PICASSO, “Código Civil y Comercial comentado” Tomo VI. comentario art. 2279 “c” apartado 2.4. Infojus.

ción artificial o fertilización *in vitro*, sea mediante extracción de material cadavérico de varón o de mujer, transferencia de embrión ya criopreservado mediante TRHA, e incluido caso de subrogación de vientre. En muchos fallos no se ha resuelto sobre eventuales derechos filiatorios, ni sucesorios. Sin embargo, encontramos pronunciamientos expresos *a favor de conceder la doble filiación*, en el caso que de que el niño naciera con vida de progresar el embarazo del concebido mediante fertilización *post mortem* (45) y también se concedió derechos filiatorios al ya nacido mediante esa técnica (46) fundado en se tuvo en cuenta al sentenciar, el derecho a la identidad del niño (arts. 7° y 8° CIDN) (adoptando la postura a favor de la admisibilidad de la expresión cierta de voluntad procreacional *post mortem*), por lo cual el nacido se considera hijo del fallecido aunque no estuviera concebido al tiempo de su muerte. Con relación al derecho hereditario, nos encontramos con jurisprudencia que expresamente no la ha concedido (47).

III.3. Hijo póstumo en la adopción. Retroactividad de la sentencia. Socioafectividad

La sentencia de adopción tiene efectos retroactivos (art. 618) a la fecha de la sentencia de guarda preadoptiva, o al inicio del trámite de adopción los casos de adopción de integración (o eventualmente de adopción del mayor de edad), la adopción de integración no requiere guarda preadoptiva judicial (art. 632 “d”), y en el caso del mayor de edad se requiere la prueba de la posesión de estado durante la minoridad [art. 597 2da parte (48)].

(45) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 87, 05/05/2016, “N. O. C. P. s/ Autorización”. Cita Abeledo Perrot N°: AR/JUR/32492/2016. APJD, 08/08/2016, RDF 2016-IV, 175, RDF 2016-IV, 175. AR/JUR/32492/2016. Juzgado de Distrito de Familia, Casilda Santa Fe, 25/11/2021, “C., M. S. s. Autorización judicial” (Rubinzal Culzoni bajo referencia: RC J 7087/2016. Considera que no habría obstáculo para la filiación en caso de nacer el hijo.

(46) Juzgado de Primera Instancia Nro. 4, Departamento Judicial de San Isidro, 29/04/2021, “A. M. I. s/autorización judicial”.

(47) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de la Nación, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, 7/08/2014, “S., M. C. s/ medida autosatisfactiva”.

(48) Art. 597.- Personas que pueden ser adoptadas... Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona ma-

La posesión de estado de hijo, es una situación fáctica en la cual una persona es tratado como hijo por otra persona/s en lo privado y en lo público, independientemente de que esa situación se corresponda con una realidad legal o biológica, o sea una simple situación de hecho [“Se relaciona también con la aceptación de la “Socioafectividad”, entendida como ese vínculo creado de manera fáctica en una trama familiar en la que hijos y progenitores se relacionan, aúnan y se reconocen como tales” (49)].

Fue receptada en la filiación por naturaleza y, una vez probada en juicio, es equivalente al reconocimiento (art. 584), en la adopción del mayor de edad con ese trato en la minoridad (art. 587), y en esta norma del art. 618, ya que reconoce el trato de hijo como realidad que permite la retroactividad de la sentencia.

Por lo tanto, fallecido el pretense adoptante luego de iniciado el proceso de adopción y acreditados los extremos legales, podrá dictarse sentencia de adopción y por el efecto retroactivo de la sentencia, el adoptado será hijo del adoptante, y su heredero legítimo como descendiente (arts. 2426 y 2444).

Ahora, profundicemos un poco más, en las distintas situaciones.

III.3.a. La guarda preadoptiva judicial

El art. 618 Cód. Civ. y Com. impone la retroactividad a la fecha de la sentencia de guarda preadoptiva, lo cual parecería lógico. Esta guarda preadoptiva, podríamos asimilarla a la filiación por naturaleza, y así pensar la guarda como la concepción del niño dentro del proyecto de vida familiar del designado guardador/es con fines de adopción demostrada por los vínculos precedentes de socioafectividad familiar generados durante la convivencia con el menor, y la

yor de edad cuando: a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

(49) (Expte. N° 8694132), Córdoba, 14/09/2020, “C., M. A. - Adopción de mayor de edad”. Erreius. Jurisprudencia. <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200928105033387/adopcion-mayor-de-edad-posesion-de-estado-de-hijo-cambio-de-apellido-derechos-humanos>.

sentencia de adopción constitutiva como nacimiento del niño dentro de esta familia ya formalmente adoptado, por ello la sentencia es en parte declarativa y se retrotraería a la fecha de la guarda judicial con fines de adopción, reconociendo una realidad antecedente a la sentencia de adopción.

En este contexto, se entiende que, *a partir de la sentencia de guarda preadoptiva, el niño comienza su construcción identificatoria familiar con el o los guardadores que culmina en la adopción*, “se inicia entre la díada niño-pretensos un proceso individual y familiar... Este proceso también inaugura la construcción de una nueva porción en la identidad del niño o niña, especialmente en su aspecto dinámico” (50), “desde que la guarda se efectiviza comienza la convivencia y es a partir de ella que nacen o se desarrollan los vínculos paternofiliales” (51). Se ha dicho que “el hijo aprende a ser hijo y a saber quién es a partir de la permanencia de las figuras parentales” (52).

Recordemos que, “cumplido el plazo de guarda” (por el contexto se entiende que se refiere al plazo judicial de guarda preadoptiva concedida por sentencia, el cual podrá ser menor de 6 meses según las circunstancias), *el juicio de adopción puede iniciarse de oficio o a pedido de parte, o autoridad administrativa* [art. 616 (53)].

La tutela judicial efectiva y el derecho a la identidad del niño amplían el espectro para que, ante la *inactividad* de los interesados (guardadores, o el niño si ya es adolescente), pueda, de oficio o a pedido del Ministerio Público o el órgano administrativo que intervino en los procesos antecedentes (Consejo de NNyA,

(50) HERRERA, “Comentario art. 605. Código Civil y Comercial Comentado”. HERRERA — CAMELO - PICASSO. Infojus, 2015, Tomo II, pp. 396 y ss.

(51) HERRERA, Comentario art. 618. “Código Civil y Comercial Comentado”. HERRERA — CAMELO - PICASSO. Infojus, 2015, Tomo II, pp. 436 y ss.

(52) SCBA, Ac. 47.380, 13/04/1993; Ac. 60.435, 17/06/1997.

(53) Art. 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.

Servicios de protección zonales, etc.), *realizarse efectivamente el derecho* subjetivo constitucional y supranacional del niño; en general deberá comprobarse el cumplimiento del plazo (lo que impondría la obligación de llevar un minucioso registro del tiempo transcurrido en cada guarda concedida) e instarse a las partes en un plazo prudencial para que den comienzo al trámite o invoquen los motivos para no hacerlo (lo cual, eventualmente, permitirá revocar la guarda y reemplazar del guardador preadoptivo con el inicio de un nuevo proceso de guarda) (54). Ante el silencio y la inactividad, tanto el Ministerio público (55) como el órgano administrativo podrán iniciar el proceso de adopción en representación del niño (56). Se impone a la función judicial dentro de los parámetros constitucionales, que se de efectividad a los derechos, y consecuentemente que se procure, sin dilaciones innecesarias (57), que la “guarda con fines de adopción se transforme en un emplazamiento

(54) Ver en cuanto a los contenidos reproducidos este párrafo, véase el comentario al art. 616 en Universo. Jus <http://universojus.com/ccc-comentado-infojus/interpretacion-art-616>.

(55) CSJN, 26/09/2012, Recurso de hecho de deducido por el Defensor Oficial de A. M. d S. en la causa “M. D. S. R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”. LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA Id SAJ: FA12000168. [\(56\) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, Comentario art. 616. “Tratado de Derecho de Familia”. KEMELMAJER - HERRERA - LLOVERAS, Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo III.](http://www.sajj.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-otra-ordinario-nulidad-sentencia-impugnacion-declaratoria-herederos-fa12000168-2012-09-26/123456789-861-0002-1ots-eupmocsollaf.Fallos 320:2762; 324:151; 324:253; “Las facultades del Ministerio Público se extienden a la promoción de todas las acciones y recursos para resguardo de los intereses de sus representados”, nota 445, pp. 427.</p>
</div>
<div data-bbox=)

(57) “Por otra parte, esta Corte también ha sostenido que, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”. CIDH, “Caso Fornerón e Hija vs. Argentina”. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203.

que sustituya los deberes y derechos” (58) de esta manera se garantiza el derecho del niño a ser formalmente hijo y a vivir y desarrollarse en una familia. En cuanto a la función oficiosa del juez, se ha dicho que “la innovación que trae este artículo es que el juez de oficio puede iniciar el proceso propiamente dicho” (59) y con cierta moderación se ha expresado que el juez deberá contemplar el interés superior del niño en cada caso concreto, sin desentenderse absolutamente del caso ni sobre involucrarse al punto de una injerencia indebida (60).

Si el guardador muriera cumplido el proceso de guarda, podría iniciarse el proceso de adopción no obstante su fallecimiento y por efecto retroactivo de la sentencia, el adoptado será hijo póstumo adoptivo del guardador y su heredero legitimario (arts. 2426 y 2444).

La norma que impone la retroactividad en reconocimiento de una situación socioafectiva paternofamiliar preexistente, omite toda referencia a la guarda que como un hecho pudo haber existido con anterioridad, que se encuentra en consonancia con la imposición legal de la previa sentencia de guarda judicial con fines de adopción que regula el Cód. Civ. y Com. [art. 614 (61)], supone que la entrega del niño en guarda es inmediata a la declaración del estado de adoptabilidad [art. 612 (61)], previa selección del guardador de los legajos del RUAGA [art. 608 inc. “c” (62)], y en armonía con la tajante pro-

(58) GONZALEZ DE VICEL, Mariela, Comentario art. 616. “Tratado de Derecho de Familia”. KEMELMAJER - HERRERA — LLOVERAS. Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo III.

(59) HERRERA, Marisa, “Comentario art. 616. Cód. Civ. y Com. Comentado”. LORENZETTI, Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo IV, pp. 146.

(60) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela. Comentario art. 616. “Tratado de Derecho de Familia”. KEMELMAJER - HERRERA - LLOVERAS. Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo III, pp. 439.

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

(62) Art. 609.- Reglas del procedimiento. Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas: ... c) la sentencia debe disponer que se remitan al juez intervi-

hibición legal de la entrega directa, guarda de hecho, administrativa o delegada, las facultades judiciales de separar al niño de los pretendidos guardadores, y no considerarse tales situaciones a los fines de la adopción [art. 611 (63)]. A todo lo cual se le suma, que pueden ser adoptantes los inscriptos en el RUAGA [art. 600 inc. “b” (64)] y cuya inobservancia se sanciona con la nulidad absoluta de la adopción [art. 634 inc. “h” (65)]. *Las reflexiones de la doctrina que justificarían que no se computara una guarda de hecho anterior, giran en torno a su “ilegitimidad” (66).*

Las guardas de hecho siempre generaron posturas opuestas en la doctrina y en la jurisprudencia, fundamentalmente en torno a la ilegitimidad o legitimidad de las entregas directas efectuadas por los progenitores o familiares del niño (67). Sin embargo, podría comprenderse

niente 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.

(63) Art. 611.- Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su preteso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

(64) Art. 600.- Plazo de residencia en el país e inscripción. Puede adoptar la persona que: ... b) se encuentre inscripta en el registro de adoptantes.

(65) Art. 634.-Nulidades absolutas. Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: ... h) la inscripción y aprobación del registro de adoptante...”

(66) BASSET, Úrsula C., “La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente”. La Ley, 06/02/2017, 06/02/2017, 4 - LA LEY, 2017-A, 231 - DFyP 2017 (marzo), 07/03/2017, 57. AR/DOC/4003/2016.

(67) Ver fallo CCiv. y Com. del Departamento Judicial de La Matanza, Sala I, con mi comentario “Derecho de la madre biológica de elegir los guardadores. Medida de

el temor del legislador del “niño puesto”, por lo cual el trámite judicial se impone para la protección del niño, con los esfuerzos (no siempre beneficiosos) por el mantenimiento dentro de su familia de origen, la evaluación de idoneidad del aspirante [no siempre acertada (68)] previa a su inscripción en el registro respectivo, y la selección por parte del juez de una persona apta y adecuada para adoptar a un niño en particular, quien no será necesariamente el primero de la lista de aspirantes (69). Pero, no puede sosla-

yarse por el juzgador, que algún niño en particular haya transitado un proceso de identificación emocional con los guardadores de hecho e introyectado un mundo protector de afecto y seguridad que lo contiene (70).

Los vínculos desinteresados creados con el niño en virtud de la socioafectividad “merecen protección por parte del Estado como forma de respetar y satisfacer su interés superior y su derecho humano a vivir en familia” (71).

El *interés superior del niño* (arts. 3° CIDN y 595 “b” Cód. Civ. y Com.) (72), que pone al niño en el centro de la escena como sujeto de derechos —es un derecho subjetivo del niño, una norma procesal y un principio que deben acatar los tres poderes del Estado—, se ha concebido como lo que mejor le conviene al niño para su protección y desarrollo integral, y se ha apartado de toda abstracción, porque se pondera con relación a un menor dado, en una circunstancia histórica determinada analizado en concreto, de manera que en todos los casos se deberán analizar las circunstancias particulares que presenta cada caso (73).

Abrijo - Restitución de la menor”. LL RDFyP, octubre de 2011, pp. 141. Haciendo una apretada síntesis, (a) a favor de la legitimidad, se ha entendido en un extremo que la elección por parte del Estado es supletoria, sobre todo cuando la elección por parte del progenitor biológico es espontánea y lícita, pero debiendo ser sometida al debido contralor judicial; la elección estatal procede en su defecto o cuando los elegidos no son idóneos, y corresponde únicamente al juez, o sea situado en la esfera del Poder Judicial, y en consonancia con las circunstancias del caso concreto; por ello podrá seleccionar de la lista de aspirantes al que considere más idóneo, con independencia del lugar que ocupe en la misma, y también podrá apartarse de la nómina administrativa si así lo aconseja el interés del menor y (b) sosteniendo la ilegitimidad se ha considerado irregular la elección del progenitor biológico, entendiendo que el nuevo sistema previsto para el otorgamiento de la guarda preadoptiva requiere evaluar la situación del niño y su permanencia en la familia biológica, en todo caso familia ampliada, y además la selección judicial del guardador de la lista de postulantes del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos; más aún, como se ha considerado la normativa de protección especial para los derechos del niño, una cuestión de orden público, todo ello no puede dejarse de lado ni por los particulares ni por el juzgador.

(68) “... Según el reporte anual de 2019 del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, durante ese año en la ciudad de Buenos Aires se acompañó en el proceso de adopción a 200 niños, niñas y adolescentes, pero en 22 casos la adopción se detuvo porque el adoptante decidió desvincularse. Sin embargo, según Yael Bendel, asesora general tutelar del Ministerio Público Tutelar de la CABA, la cifra de desvinculaciones podría alcanzar al 20% de los niños, niñas y adolescentes...”. Redacción. Periodismo Humano <https://www.redaccion.com.ar/abandonados-por-segunda-vez-por-que-algunas-adopciones-fallan-y-que-se-podria-mejorar/>. Se impuso resarcimiento económico por restituir al niño durante la guarda en CCiv. y Com., San Martín, 29/09/2015, “L. M. A. y otro s/Adopción” — Acciones Vinculadas”.

(69) “Si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura”. (SCBA,

AC 73814, 27/09/2000, “G.,J. s/ Guarda”. DJBA, 159-193, Juez Pettigiani [MI]; SCBA, AC 84418, 19/06/2002, “A.,S. s/ Art. 10 ley 10.067”. Juez Pettigiani [SD] SM B25492).

(70) GELMAN, “Adoptar Hoy, cap. ‘El hijo posible’”, p. 21 y ss., citado en fallo nota 41.

(71) DAMICO, Ana Inés, “Adopción de integración: el reconocimiento de a socioafectividad”. Utsupra.com. http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos_utsupra_02A00422788961.

(72) “Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (...). CIDH, “Caso Fornerón e Hija vs. Argentina”, https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203.

(73) CSJN, 19/02/2008, “GHJ y D de GME s/ Guarda preadoptiva”; D. G. N., 17/04/2007, “A. C. c. D. C. M. A.”; 31/08/2010, “A. M. A. A.” y VJE, 2/04/2003, “A. M. C. s/ protección especial”).

El *derecho del niño a vivir en una familia con-tenedora* es el derecho humano a vivir y desarrollarse en una familia (74), cualquiera sea su categorización, mientras se satisfagan sus necesidades (75); sea la familia de origen o la familia adoptiva, lo cual se consagra en la CIDN: Preámbulo párrs. 5, art. 7.1, 9°, 18, 20 y 27 (76).

El *derecho a la identidad es un derecho humano* protegido por normas nacionales y supranacionales que el Estado debe respetar (77), y en el caso del niño (art. 8° CIDN) *la identidad familiar dinámica* forma parte de ese derecho (junto con la identidad estática derivada de los vínculos genéticos), dentro de nuestra normati-

(74) Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. “La Corte Interamericana reiteró que la Convención Americana no protege un determinado modelo de familia. Debido a que la definición misma de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, el Tribunal consideró que el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo se encuentra protegido por la Convención Americana Opinión Consultiva sobre Identidad de Género, y No Discriminación a Parejas del mismo sexo. https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf.

(75) BASSET, Úrsula, “Análisis del Título IV ‘Adopción’”, citado en nota 423 de la pp. 411 en KEMELMAJER - HERRERA - LLOVERAS, “Tratado de Derecho de Familia”. Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo III.

(76) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, Comentario art. 616, citado en nota 24 pp. 411 en “Tratado de Derecho de Familia”, KEMELMAJER - HERRERA — LLOVERAS, Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo III.

(77) “El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello por lo que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”. CIDH, “Caso Fornerón e Hija vs. Argentina”. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203.

va interna el art. 52 (78) impone la prevención del daño, evitar agravar el daño una vez ocasionado, y reparar integralmente ese daño. Se ha expresado que la identidad dinámica es “una construcción que se hace en el día a día de la persona y que es esencialmente mutable y dinámica” (79).

Finalmente, y no menos importante, no podemos descartar el *derecho del niño a ser oídos* (art. 12 CIDN) que en el marco de la adopción tiene un lugar preponderante ya que, además de ser escuchados según su grado de madurez, se pide su consentimiento para ser adoptado a partir de sus 10 años (art. 595 inc. “f”). Así se ha dicho que se “hace posible que los niños tengan la oportunidad de ser agentes activos de su propio destino” (80).

Dentro de este razonamiento, dejando de lado delitos antecedentes que no pueden convalidarse, es conocida mi postura a favor de la adopción con el reconocimiento de las guardas antecedentes sin declaración previa de adoptabilidad (81), a favor de la adopción por el “referente afectivo” (vinculado o no, por amistad o parentesco con los progenitores de origen) (82),

(78) Art. 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

(79) CANO, “El art. 622 del CCiv. y Com.; desde el derecho a la identidad dinámica”. RDF Abeledo Perrot N° 76, septiembre 2016, pp. 31.

(80) VILLAVERDE, María Silvia, “Socioafectividad: Respuesta para un mundo que fluye” <https://villaverde.com.ar/wp-content/uploads/2020/11/msv-familia-SOCIOAFECTIVIDAD-escucha.docx>.

(81) Ver del autor “El emplazamiento filiatorio coincidente con la realidad familiar dinámica: reflexiones sobre identidad familiar. filiación (aspectos biológico y social). Guardas de hecho”. Ed. Errejus, Rev. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, febrero de 2017.

(82) Ver del autor Comentario al fallo del Dr. José María Estigarribia del Juzgado de De Villa Cura Brochero, 27/03/2017, “C., J. G. - Control de Legalidad”. “El referente afectivo y el interés superior del niño. derecho a la identidad y a vivir en familia - un amor desinteresado y un final feliz”. Ed. Errejus, Rev. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, julio de 2017.

con quien el niño haya construido su identidad familiar dinámica socioafectiva que merece protección. Esta persona/s representa para el niño “vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo asistencia y protección”, cuya figura fue legitimada por el art. 7° del dec. 415/2006 (83) aprobatorio de la ley 26.061, que además consagra un concepto amplio de familia, y también está contenida por el art. 607 (84) que impide el dictado de la sentencia de declaración judicial de adoptabilidad del niño.

Encontramos no pocos fallos que han decretado la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del arts. 611 y 634 inc. “h”, por no dejar espacio para la protección del derecho a la identidad dinámica del niño, forjada realmente con los pretensos guardadores y su derecho a una familia continente, por la vía de la aplicación del interés superior del niño, ambos de jerarquía superior.

En todos los casos se deberán analizar las circunstancias particulares que presenta cada caso (85), “el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y

apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias” (86), y en caso de conflicto de intereses, debe prevalecer el interés del niño (87). En torno al art. 611 se ha dicho que “la norma no reconoce, a modo de excepción, aquellas situaciones de hecho nacidas, transitadas y signadas por este principio de socioafectividad o identidad dinámica” (88).

La prolongación en los hechos de una guarda de hecho, delegación, entrega administrativa o simple guarda provisoria, pudo haber dado al niño una identidad social familiar que no podría ignorarse y que el juzgador no podría soslayar, considerando la integración familiar y afectiva del niño durante el período en que le han dado trato de hijo (89). Así debe descartarse un delito antecedente, evaluarse la idoneidad del guardador, indagarse el deseo del niño y constatare la integración familiar consolidada durante la guarda de hecho (90), “cuando el tiempo ha consolidado fuertes lazos paterno-maternofiliales recíprocos y el entorno garantiza el pleno disfrute y satisfacción en las condiciones de su

(86) CSJN, 27/05/2015, “MM s/ Guarda”.

(87) CSNJ, 4/11/2014, “GMB s/ Guarda”.

(88) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ DE VICEL, Herrera, “La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción”. Ponencia Comisión N° 6, Familia: “Identidad y filiación”. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Bahía Blanca 2015. http://jndcbahiaablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Fern%C3%A1ndezl-y-otro_-La-identidad.pdf.

(89) “Debe prevalecer la integración familiar y afectiva del niño consolidada durante el período de guarda de hecho, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta su interés superior” del fallo CNCiv., Sala M, “MM s/ Guarda” citado LAVALLE, “Entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes; prohibición legal versus convalidación judicial”. Abeledo Perrot, RDE, pp. 18, diciembre 2015 “La niña se encuentra perfectamente adaptada a su nueva familia, teniendo en consideración su mayor bienestar, priorizándose la tutela de sus derechos a una educación, salud, cobertura social, identidad de formarse y de convivir en el núcleo de la familia adoptiva, por lo que el desarraigo de esta le resultaría perjudicial”. STJ, Santiago del Estero, 05/03/2014, “M., S. A. y otras. Guarda judicial con fines de adopción — Casación civil”.

(90) Ídem, op. cit.

(83) Art. 7: Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.

(84) Art. 607. ...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...”

(85) CSJN, 19/02/2008, “GHJ y D de GME s/ Guarda preadoptiva”; D.G.N., 17/04/2007, “A. C. c. D. C. M. A.”; 31/08/2010, “A. M. A. A.” y VJE, 2/04/2003, “A. M. C. s/ protección especial”.

desarrollo, se torna irrazonable obviar la cuestión temporal” (91).

Es claro que una “fecha cierta” que tiene la sentencia de guarda preadoptiva a los fines de la retroactividad de la sentencia de adopción, hace a la seguridad jurídica de un Estado de Derecho, por la cual “los individuos saben a cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio” (92), pero *la seguridad jurídica viene dada por la supremacía de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos sobre la legislación secundaria que necesariamente debe asentarse en ellos* (arts. 1° y 2° Cód. Civ. y Com., art. 75 inc. 22 CN), y todos tenemos el derecho de que se respeten y apliquen aquellos, y no las normas contrarias (93). En materia de adopción, con normativa especial, nos encontramos con tres principios fundamentales que requieren la atención del juzgador, *el interés superior del niño, el derecho a una familia continente y el derecho a la identidad dinámica* (arts. 3° y 8° CIDN), *los cuales podrían fundar, el caso concreto, “la retroactividad de la sentencia al tiempo de la posesión de estado acreditada”, por la anticonvencionalidad de los rígidos principios del art. 616, que no dan lugar a la máxima pro-*

(91) STJ, Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, 27/03/2014, “G., L. G. y A., I. H. s/ guarda y tenencia con fines de adopción plena - casación civil”. Abeledo Perrot N°: AR/JUR/18874/2014.

(92) OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas y Sociales”, Heliasta, 2005, pp. 873, citado por DE CARLO, “Seguridad Jurídica vs. Cosa Juzgada Irrita”, 20/03/2015, www.infojus.gov.ar Id SAJ: DACF150260 <http://www.saj.gov.ar/ivan-lucas-carlo-seguridad-juridica-vs-cosa-juzgada-irrita-dacf150260-2015-03-20/123456789-0abc-defg0620-51fcanirtcod>.

(93) “La Corte Interamericana ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. CIDH, “Caso Fornerón e Hija vs. Argentina”. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203.

tección que requeriría un niño en su derecho a la identidad dinámica conforme las circunstancias.

Con esta explicación antecedente, quisiera fundar mi postura *a favor de la retroactividad de la sentencia de adopción del niño concedida a los guardadores sin guarda judicial preadoptiva precedente, a la fecha en que pueda acreditarse de manera cierta, la consolidación de la relación de socioafectividad familiar que dio sustento a la identidad familiar dinámica de este niño.* Y a favor también, si el interés superior del niño lo justifica según las circunstancias, de *la filiación retroactiva con el guardador prefallecido cónyuge o conviviente del adoptante* (ampliando por analogía el art. 605), con quien el niño construyó su identidad dinámica de hecho, antes del inicio del proceso de adopción. “*Si así fuera, podría ser hijo póstumo del guardador/es fallecido y su heredero legítimo como descendiente (arts. 2426 y 2444).*”

Utilizo el mismo fundamento, expuesto por la doctrina, para retrotraer la sentencia al tiempo de la posesión de estado, en los casos de adopción de integración y adopción del mayor de edad, que desarrollamos en el punto siguiente.

En todos estos casos, nos preguntamos también *si ampliando por analogía el art. 616 Cód. Civ. y Com., que en su letra desconoce otras guardas con posesión de estado antecedente y genera desigualdades que desprotegen el derecho a la identidad del adoptado, si el pretense adoptado estaría legitimado y podría iniciar el proceso de adopción, probando la voluntad cierta de adoptarlo del progenitor afín o del guardador durante su minoridad, que quedó truncada con su muerte.* Entendemos que sí, con fundamento en todo lo expuesto.

¿O acaso no hemos visto reseñados *supra* fallos en que se ha ponderado el trato de hijo otorgado por el prefallecido, para conceder la *filiación por adopción póstuma*, incluidos los casos en que no se había otorgado la guarda preadoptiva al fallecido? ¿O acaso no hemos visto también mencionados *supra*, fallos en casos de fertilización *post mortem* que se entiende expresada la voluntad del fallecido de tener un hijo póstumo?

Ya sabemos que la posesión de estado de hijo por sí misma, no surte efectos emplazatorios en nuestro derecho si no va acompañada de una sentencia de adopción, pero la *protección del derecho constitucional y supranacional a la identidad dinámica puede permitir la legitimación activa*, para la iniciación del proceso de adopción por el niño o adolescente, o el mayor de edad que cuando niño debió ser adoptado por la persona que lo cuidó y le dio una familia continente.

Así fue expresado por nuestra CS en varias oportunidades que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210)”. También ha expresado “en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, esta Corte Suprema ha afirmado que resulta totalmente *desvirtuada* la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se *limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar* (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047).

Finalmente, los tribunales deben efectuar control de constitucionalidad para evitar que las leyes locales dejen vacías de contenido las Convenciones internacionales, nuestra normativa interna impone en sus arts. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. la supremacía constitucional y los Tratados de Derechos Humanos. Así se ha expresado que, “los tribunales nacionales son vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones asumidas en Tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en jurisprudencia y accionar cotidianos” (94).

(94) MEDINA, Graciela, Comentario del fallo CIDH, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, en “Juzgar con perspectiva de género. Por qué juzgar con perspectiva de género y cómo juzgar con perspectiva de género”, pp. 18, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>.

III.3.b. Adopción de integración y adopción del mayor de edad

Como he desarrollado anteriormente, se justifica que no podamos cerrar los ojos a otras realidades, en las cuales, con *anterioridad* a una guarda preadoptiva judicial o sin ella, el niño y el/los guardadores ya han construido una *vida socioafectiva familiar de amorosos cuidados*, significativos en la historia del niño, y la identidad familiar dinámica del niño se ha formado en un marco familiar continente.

Así la doctrina se ha ocupado del caso de la adopción de integración, *pronunciándose a favor de la retroactividad de la sentencia que comprende momentos anteriores al inicio del proceso de adopción del hijo del cónyuge o conviviente* del progenitor de origen, como así también en el caso de *adopción del mayor de edad* (95). En la adopción de integración se “procura convalidar una situación de hecho anterior, a partir de la constitución del vínculo jurídico filial correlativo” (96) si convalidamos esa situación de hecho, por qué no retrotraer la sentencia en beneficio del niño. En la adopción del mayor de edad se emplaza en el estado de hijo logrando “el reconocimiento jurídico de vínculos familiares existentes en la realidad” (97), si se reconoce ese vínculo de socioafectividad, por qué no retrotraer la sentencia en beneficio del hoy adulto que “se identifica y desarrolla como parte del grupo familiar en donde se pretende se incorpore en calidad de hijo” (98). (Cfr.: Fallo de la jueza

(95) HERRERA, “Comentario art. 618. Código Civil y Comercial Comentado”. HERRERA — CARAMELO — PICASSO, Infojus, 2015, Tomo II, pp. 436 y ss.

(96) Juzg. Familia 5ª Nom., Córdoba, 02/07/2018, “B., G. R. — adopción”, sent. 304. Citado por LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “La adopción de integración y sus efectos. Una nueva configuración familiar”. La Ley 20/11/2018, 20/11/2018, 7AR/DOC/2455/2018.

(97) DE LA TORRE, NATALIA: comentario al art. 597 KEMELMAJER DE CARLUCCI - AÍDA; HERRERA - MARIANA - LLOVERAS, NORA: “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, 2015, T. III, pp. 14.

(98) Córdoba, 14/09/2020, “C., M. A. - Adopción de mayor de edad” (Expte. N° 8694132). Y cita a Tribunal de Familia de Gral. Roca, “T. P. M. E I. L. A. S/ Adopción” (Expte. Nro. O-2RO-19-F11-15, ERREIUS. Jurisprudencia. <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200928105033387/adopcion-mayor-de-edad-pose->

Moira Revsin, Tribunal de Familia de Gral. Roca - "T. P. M. E I. L. A. s/ Adopción (EXPTE. NRO. O-2RO-19-F11-15)" - Fecha: 13 de julio de 2018). Se relaciona también con la aceptación de la "Socioafectividad", entendida como ese vínculo creado de manera fáctica en una trama familiar en la que hijos y progenitores se relacionan, aúnan y se reconocen como tales.

Se interpreta que, si de fecha cierta se tratara, tanto el matrimonio del adoptante con el progenitor de origen o la unión convivencial registrada, dan cuenta de la convivencia familiar con el niño que fue construyendo su identidad dinámica con quien fuera su progenitor afín, y en los casos de adopción de mayores de edad, como se funda en posesión de estado antecedente en la minoridad, puede comprobarse judicialmente y retrotraerse la sentencia al tiempo del nacimiento de la convivencia socioafectiva familiar.

Comparto plenamente estas reflexiones, y enfrentadas la seguridad jurídica que da la "fecha cierta" con el interés superior del niño y su derecho a la identidad, debemos preferir los derechos del niño.

En este punto, el pretense adoptante debería iniciar la adopción de integración o a la adopción del mayor de edad, por lo tanto, si muriera antes de iniciarla, poco importarían estas reflexiones sobre la retroactividad de la sentencia a momentos anteriores, porque si no se inicia el trámite de adopción no podríamos hablar del hijo póstumo adoptivo. Pero, como hemos explicado y fundado en el punto anterior, podría el pretense adoptado tener legitimación activa e iniciar el proceso de adopción, si así fuera, y si los efectos de la sentencia se retrotrajeran a la fecha cierta probada de la posesión de estado, *podría ser hijo póstumo y heredero legítimo como descendiente* (arts. 2426 y 2444).

III.3.c. La filiación adoptiva con el guardador prefallecido

Ya hemos visto cómo nuestros antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales en materia de adopción, admiten el hijo póstumo

sion-de-estado-de-hijo-cambio-de-apellido-derechos-humanos

"adoptivo", con la potestad judicial según las circunstancias de crear judicialmente un vínculo filiatorio adoptivo *post mortem*, ya fallecido uno de los guardadores conjuntos durante el plazo de guarda preadoptiva completada posteriormente al deceso (art. 605), y también vimos casos de fallecimiento del guardador monoparental y la creación judicial de vínculo filiatorio del adoptado.

Entre los fallos comentados con anterioridad, encontramos la promoción de la acción por la *Defensora de menores*, luego de fallecida la guardadora pocos días después de aceptada la guarda preadoptiva, aquí se ponderó la posesión de estado de hijo anterior a la sentencia de guarda, no hubo tiempo de ponderar un trato de hijo posterior a la guarda con fines de adopción por la muerte de la guardadora, y además de hijo póstumo se reconocieron los derechos hereditarios del niño: hijo póstumo, heredero y legitimario como descendiente (99). También encontramos otro caso promovido por la *titular de la Dirección Provincial de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 2da. Circunscripción* (100), si bien ya cumplido el mínimo de guarda preadoptiva al tiempo del fallecimiento de su guardadora y la inclusión de la niña en la *declaratoria de herederos*.

En otro de los casos comentados, con *guarda de hecho antecedente* de un matrimonio en el 2003, se concedió la *doble filiación adoptiva* por sentencia aun cuando la *guarda con fines de adopción se había concedido en forma unilateral al cónyuge supérstite* por prefallecimiento de su

(99) Citado en nota 13. "Recurso de hecho de deducido por el Defensor Oficial de A.M. d S. en la causa: CS, 26/09/2012, "M. D. S. R. y otra s/ Ordinario s/ Nulidad De Sentencia e impugnación declaratoria de herederos". LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA Id SAIJ: FA12000168. <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-otra-ordinario-nulidad-sentencia-impugnacion-declaratoria-herederos-fa12000168-2012-09-26/123456789-861-0002-1ots-eupmocsollaf>.

(100) Citado en nota 14. "T.G. s/ adopción". Cuij Nro XXX.Expte. N° 2587 - Colegiado de Familia N° 7 de Rosario (Santa Fe), 22/08/2019, "T. G. s/ adopción", elDial.com - AAB984. <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200505112843566/adopcion-post-mortem-interes-superior-del-nino-derecho-a-ser-oido-derecho-a-la-identidad-doctrina-de-la-corte-suprema>.

esposa, asimilando el caso al hijo póstumo por naturaleza (101).

IV. El fallo en comentario. Hijo póstumo sin derechos hereditarios

Desde ya advierto que comparto la decisión del juzgador en este caso particular, pero quiero hacer algunas reflexiones.

Si se concede la doble filiación adoptiva al adoptado con el guardador prefallecido cónyuge o conviviente del adoptante, o si se concede la filiación adoptiva al adoptado con el guardador monoparental prefallecido, y si la intención es asimilar el caso al “hijo póstumo por naturaleza”, en mi opinión la filiación no es bastante, si no se conceden también derechos hereditarios.

Se pueden observar ciertos detalles en este fallo en comentario, tales como, que el matrimonio *cuidó del niño desde su nacimiento en el año 2011*, que el *proceso judicial de guarda con fines de adopción* fue iniciado por los cónyuges, pretensos guardadores, en el año 2015 (año del expediente de guarda), y que la *guarda judicial preadoptiva* fue decretada en el año 2018 (26 de diciembre de 2018), *luego del fallecimiento de la cónyuge* (24 de noviembre de 2018). También se observa que el ulterior *juicio de adopción* fue iniciado por el *viudo*, y que, con *posterioridad a la muerte del pretense adoptante* durante el proceso, se concedió *ambos integrantes del matrimonio la adopción plena del niño*, con efectos retroactivos a la *concesión de la guarda*.

Esta última retroactividad es la que necesito comentar en este caso ya que se concedió la guarda preadoptiva judicial el 26 de diciembre de 2018 y la guardadora prefallecida murió el 24 de noviembre de 2018.

Quiero rescatar para el lector antes de proseguir, que en varios párrafos del fallo se men-

ciona el cuidado del niño desde su nacimiento (ocurrido el 14 de agosto de 2011), que para el *desarrollo integral del niño* es fundamental que crezcan en un ambiente protector, y nada mejor que el familiar... en el caso, dentro de los *lazos socioafectivos creados desde el nacimiento* del niño con la familia extensa de los pretensos adoptantes fallecidos, que “la voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso... le prodigaron trato y cuidado inherente al de un hijo”, que la “construcción de la identidad con la familia extensa se fundó desde su nacimiento hasta la fecha y subsistió el lazo socioafectivo con aquella”, que el niño “con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia su indudable intención de ser hijo de aquellos”, y “que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino”.

Supongo que el lector ya se imagina hacia dónde pretendo legar, la sentencia de adopción plena concedió la doble filiación, y una de ellas *post mortem* con el cónyuge guardador fallecido, con efecto retroactivo a la sentencia de guarda (26 de diciembre de 2018); pero claramente se advierte que *el adoptante prefallecido ya había muerto (24 de noviembre de 2018) cuando se dictó la sentencia de guarda*, por eso, el adoptado *no era su hijo cuando la guardadora falleció* porque la retroactividad no llegó hasta ese momento, y como consecuencia no era ni su descendiente, ni su heredero legítimo legitimario.

No resulta poca cosa que el adoptado pleno, a partir del 26 de diciembre de 2018 forme parte de la familia de la fallecida como si fuera un hijo por naturaleza (y obvio, también, de la familia del adoptante fallecido), “nieto, primo, sobrino” como expresó la sentencia en comentario, consagrando formalmente como vínculos jurídicos filiatorios, los vínculos socioafectivos familiares de los que de hecho el niño gozaba.

Pero no se advirtió, que *no se consagraba como hijo adoptivo de la fallecida al tiempo de la muerte (art. 2279 Cód. Civ. y Com.)*, si se hubiera concedido la adopción con retroactividad al tiempo en que el niño tuvo posesión de estado de hijo de hecho, “desde su nacimiento” como repitió una y otra vez el juzgador (el niño na-

(101) Citado en nota 15 y 16. Juzgado Civil y Comercial de Anatuya, 11/04/2006, “LSR IPARRAGUIRRE, Adopción Póstuma”. Abeledo Perrot AP/DOC/927/2012. Citado por HERRERA Comentario Art. 605 Cód. Civ. y Com. Comentado Lorenzetti Tomo IV Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 80. DE LA TORRE, Natalia. Comentario art. 605. “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo III, KEMELMAJER - HERRERA - LLOVERAS. Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 217.

ció el 14 de agosto de 2011), o al menos al inicio del proceso de guarda judicial preadoptiva, en el año 2015, podría haberse dado a ese niño la máxima satisfacción de su derecho consagrándolo hijo (descendiente) al tiempo de la muerte de la adoptante prefallecida, y protegiendo sus derechos patrimoniales como heredero legítimo legitimario (si no era su hijo, debieron heredar a la fallecida, su cónyuge y su madre, quienes al menos son las personas que surgen del fallo con vocación legítima hereditaria). Obviamente, ese niño fue único heredero legítimo legitimario de su padre adoptante porque la mencionada retroactividad lo hizo hijo a su muerte, acaecida el 30 de mayo de 2020, antes de la sentencia de adopción plena. Claro está, ni sabemos si había herencia que transmitir mortis causa, pero la sola probabilidad ya es suficiente para concederle ese derecho.

Si como se expresó en la sentencia, la adopción plena crea un “vínculo de filiación equiparable a la biológica en todos sus efectos”, todos sus efectos significan “todos”, por lo cual *debieron haberse incluido los derechos patrimoniales hereditarios* del adoptado con relación a la madre adoptiva prefallecida, ello con solo advertir que el niño tenía una familia desde su nacimiento y era tratado como hijo desde su nacimiento, y con solo advertir también que la expresión de la voluntad de ser madre adoptante de ese niño, ya se había expresado por la guardadora, al iniciar el proceso de guarda preadoptiva, reconociéndolo

como tal. Esa posesión de estado de hijo debió haberse considerado para darle “todos” los derechos, ya que “el niño es el protagonista de la filiación adoptiva”, y superando las barreras del art. 618 debió haberse impuesto la retroactividad más allá de la sentencia de guarda preadoptiva, aplicando la normativa constitucional y supranacional que beneficia al niño.

V. Palabras finales

Después de todo este paseo por los hijos póstumos receptados por nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, el cual espero que haya entretenido al lector, ya no queda mucho para decir, más que el hecho de que la posesión de estado puede ser considerada en beneficio del niño adoptado como hijo póstumo.

Si estos vínculos recíprocos paternofiliales nacidos sin ningún deber precedente más que el amor, son debidamente comprobados en juicio, deben superar las rigideces de las normas inferiores, para aplicarse principios superiores de Derechos Humanos que nuestro Estado está obligado a cumplir.

La ponderación de estos vínculos familiares recíprocos de socioafectividad antecedentes unidos a la retroactividad de una sentencia de adopción a ese tiempo, pueden realizar los derechos del niño en su máxima expresión, concediendo no solo la filiación póstuma sino también los derechos hereditarios.

JURISPRUDENCIA

ADOPCIÓN PLENA

Convocatoria pública. Niño que padece una discapacidad. Pretensos adoptantes con hipoacusia y que no estaban anotados en el Registro de Adopción. Concesión. Pedido de cambio de nombre que no afecta la identidad del niño.

1. — Hay muchísimas personas sordas que son madres o padres y que se ocupan de un modo muy responsable del cuidado de sus hijos, por lo cual esta condición —o ninguna otra— no puede ser excusa para impedirles la filiación adoptiva.
2. — La relación entre el niño y sus guardadores se observa como muy beneficiosa para aquel, quien tiene sus derechos satisfechos en los términos pretendidos por la Convención sobre Derechos de los Niños. De las pruebas se puede inferir que esto tiene la misma proyección hacia el futuro, motivo por el cual es positivo el emplazamiento filiatorio pretendido, pues le dará a esta unión estabilidad y continuidad.
3. — La decisión se inclinó hacia los guardadores (personas hipoacúsicas), porque se valoró que por sus experiencias de vida eran personas que entendían muy bien lo que significaba vivir en una sociedad que muchas veces es hostil con las que no se encuentran en los estándares medios y estas vivencias las habían fortalecido de modo que gozan de sus derechos y tienen muy aceitados los mecanismos para eliminar aquellas barreras sociales. No solo empatizan con la situación del niño, sino que también lo comprenden y son grandes maestros para enseñarle cómo vivir de un modo pleno.
4. — Los pretensos adoptantes habían intentado realizar los trámites para la inscripción del registro de adoptantes de su provincia y nunca pudieron terminarlos. Se sintieron excluidos y no hubo predisposición por parte de quienes los habían atendido para poder establecer una comunicación. Quizás sea una sensación personal propia, porque están acostumbrados a vivir en una sociedad que les impide el acceso a ciertos derechos, o fue el sistema que no les autorizó el acceso, por ello la importancia de generar espacios para evitar estas exclusiones; situación que impone un plus de responsabilidades laborales a los operadores.
5. — La legislación no solo autoriza sino que, además, obliga al Estado a la eliminación de todas las barreras que coarten los derechos de las personas con discapacidad —en el caso,

personas hipoacúsicas—, quienes tienen el mismo derecho a ser evaluadas como posibles adoptantes al igual que las demás personas en nuestro país.

6. — En la práctica tribunalcia suele haber cierto desaire hacia las familias de tránsito en el momento de trabajar la inclusión en la familia adoptiva. Facilitar la comunicación directa entre la familia solidaria y la adoptiva es una circunstancia que debe ser propiciada (no impuesta) por los tribunales, porque favorece los derechos de lxs niñxs y adolescentes. Desde el sistema legal de protección integral (ley 26.061) se pretende que el período preadoptivo se transite en grupos familiares (solidarios) en lugar de estar viviendo en instituciones, lo cual trae muchísimos beneficios. Permitir que lxs niñxs y adolescentes cesen la convivencia con esta familia de una manera afectuosa y respetar que mantengan una vinculación con estos referentes afectivos —con quienes han generado una relación familiar socioafectiva— es un aspecto muy relevante dentro del análisis de su interés superior.
7. — El Código Civil y Comercial propone un sistema de adopción que tiene como centro la observación de los derechos de lxs niñxs o adolescentes; y para ello tenemos que analizar su vida de una manera lineal, por lo cual es importante el respeto de su derecho a conocer su realidad biológica, los motivos por los cuales la vinculación con esa familia se vio interrumpida y también lo sucedido entre ese momento de sus vidas y el día en que se inicia la nueva convivencia familiar (todo ello es parte de “sus orígenes”).
8. — La modificación del segundo nombre de pila del niño adoptado por una pareja de personas hipoacúsicas es una petición que no altera la regla prevista en el art. 623, Cód. Civ. y Com., y conjuga en forma adecuada el derecho del niño con el derecho de las personas adultas que están peticionando la modificación, a la vez que produce un cambio muy beneficioso para sus padres, al resultarles más sencillo de pronunciar, facilitándoles la tarea de informarlo.
9. — Los adoptantes no se encuentran inscriptos conforme el art. 600, Cód. Civ. y Com., porque el Registro provincial considera que las personas que han iniciado un proceso de guarda por el llamado realizado a través de una convocatoria pública no deben estar allí inscriptos, razón por la cual no se lo inscribió en este caso

para no dilatar innecesariamente los plazos procesales.

UProcesal de Flia Nro. 11, General Roca, 26/11/2021. - G., J. J. y R., C. A. s/ adopción.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/202090/2021]

Expte. N° O-2RO-55-F11-18

General Roca, noviembre 26 de 2021.

Resulta:

En fecha 11/08/2021 se presentan los Sres. C. A. R. y el Sr. J. J. G., con el patrocinio letrado de la Dra. Ana María Streidenberger, solicitando se les otorgue la adopción plena del niño B. G. L., nacido el día 13 de agosto del año 2015 en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, cuyos datos surgen del acta de nacimiento agregada en autos conexos.

Denuncian como antecedente el dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción dictada en autos "L., B. G. s/ declaración de adoptabilidad" (Expte. N° O-2RO-55-F11-18), en trámite ante este mismo tribunal. Consideran que a raíz del otorgamiento de la citada guarda, son la familia que B. necesita para su desarrollo integral y que la adopción plena es respetuosa de su interés superior.

En fecha 13/08/2021 se tiene por presentadas a las partes, obran certificados de reincidencia negativos emitidos por el Registro Nacional de Reincidencia y se abre la causa a prueba.

En fecha 07/10/2021 se encuentra agregado el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario del tribunal, quienes habían participado en el proceso de guarda preadoptiva previo a la elección de la familia guardadora. De su informe se desprende: "Desde el inicio del proceso de vinculación los Sres. C. R. y J. G. mostraron disponibilidad afectiva y motivación para brindarle a B. un lugar de hijo atendiendo a toda la complejidad que implica atender su discapacidad y al mismo tiempo implementar estrategias de comunicación, estableciendo rutinas de cuidado y aprendizaje. En este sentido ambos adultos pueden solicitar ayuda cuando es necesario y cuentan con personas del entorno que se configuran en apoyos sumamente significativos, como la Sra. B. B., o los familiares del Sr. C. R. En especial la abuela, Sra. E. N., quien se comunica con ellos de manera frecuente teniendo videollamadas con su nieto. En la dinámica familiar que establecieron ambos miembros de la pareja se alternan los roles y participan del cuidado de B. Logran que el niño sea atendido en sus necesidades dentro de un proyecto familiar que le impone desafíos de aprendizajes, lo que permite que se desarrolle más integral-

mente en relación a las distintas áreas de comunicación. Actualmente a B. se lo observa integrado a su familia, estableciendo un vínculo de apego con ambas figuras parentales, siendo cuidado y atendido de la mejor manera posible, teniendo además contacto con otras personas del entorno: familiares, docentes, amigos, y profesionales que le permiten una socialización rica en intercambios y adecuada a su situación personal". En virtud de la forma en que se conceptualizó la situación, al nivel alcanzado al momento de la intervención, entendieron que hacer lugar a la adopción solicitada se corresponde con el mejor derecho y bienestar del niño.

En fecha 20/10/2021 se celebró audiencia en el domicilio de los peticionantes, en la que estuvieron presentes el niño, sus padres (quienes estuvieron asistidos en forma virtual por su letrada patrocinante), la intérprete de lenguas de señas, dos integrantes del equipo interdisciplinario y la Sra. Defensora de Menores subrogante (también participó en forma virtual). Del acta de audiencia surge: "Se observa la relación entre B., J. y C. con un trato muy afectuoso que es mutuo. Relataron que todas las actividades que están desarrollando para la atención médica de B., a quien se lo ve muy bien, muy contenido y se nota a través de su comportamiento que está feliz en esta integración familiar. Por su parte, J. y C. también expresaron que están felices en esta nueva etapa de la vida que están transitando y que las complicaciones diarias que les produce el ejercicio de la paternidad las están disfrutando muchísimo porque ven muy bien a B. y eso los motiva para seguir este camino y los hace sentir bien y muy a gusto con su nueva realidad de vida. Han expresado su deseo de consolidar formalmente su familia y que B. pueda llevar el DNI con sus apellidos. Al respecto, expresaron que desean que B. quede inscripto con los apellidos G. R. y también que se modifique el segundo nombre de B. y se reemplace el nombre G. por el nombre J. Explicaron que esta modificación tiene un fundamento fonético porque la palabra G. no es de fácil pronunciación para ellos, en cambio J. la pueden decir de un modo que resulte claro para sus interlocutores. De este modo, saben que en ciertas situaciones sería más beneficioso para poder comunicar el nombre del niño hacia terceras personas en caso de ser necesario."

En fecha 02/11/2021 obra agregado el dictamen de la Sra. Defensora de Menores subrogante, quien refiere: "Considero que los peticionantes se encuentran aptos para el ejercicio de la responsabilidad parental, asumiendo y garantizando el bienestar superior del niño. Por lo expuesto, entiendo pertinente hacer lugar a la adopción solicitada, debido a que se encuentra acreditado en autos que los peticionantes mantienen con B. el trato adecuado de hijo. Sumado a que se encuentra reunidos los requisitos legales establecidos

en el art. 625 del Cód. Civ. y Comercial, para que V.S. pueda declarar la adopción plena del mismo. Como último punto, se presta conformidad, con la solicitud de la familia de proceder a que B. quede inscripto con los apellidos G. R. y también que se modifique el segundo nombre de B. y se reemplace el nombre G. por el nombre J., dado los fundamentos dados por los mismos en la audiencia respectiva.”

En fecha 02/11/2021 pasan los autos para dictar sentencia.

Considerando:

El inicio de estas actuaciones se produce como uno de los efectos jurídicos que ha tenido el dictado de la resolución de fecha 19 de febrero de 2021 mediante la cual se ha otorgado la guarda con fines adoptivos del niño B. G. L. a lxs Sres. C. A. R. y J. J. G. El proceso de guarda iniciado en ese momento tenía como finalidad que, a través de la convivencia diaria, se pudiera generar un vínculo paterno-filial entre los guardadores y el niño, procurándose que con el tiempo este vínculo personal quedara emplazado jurídicamente a través de la filiación adoptiva.

Para el dictado de esta sentencia voy a correrme de las formas habituales de trabajo y esto tiene una razón especial: esta sentencia tiene como finalidad principal determinar el emplazamiento filiatorio adoptivo de B. pero también tiene una segunda finalidad que es la de poder relatar esta historia familiar, para darla a conocer públicamente y que sirva de ejemplo para otras personas en su búsqueda de la satisfacción de sus derechos. Dejo aclarado que antes de proyectar esta sentencia, hemos conversado sobre esta segunda función con sus protagonistas, quienes observaron la importancia de que este documento sea una herramienta para la difusión de su historia, como un acto más de su activismo para el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de todas las personas. El contenido de esta sentencia es una construcción colectiva y la decisión jurídica es personal de quien la suscribe, en razón de las funciones propias que tengo como magistrada.

Para cumplir con esta finalidad, se me ocurre emplear el concepto de “justicia dialógica” que propone Roberto Gargarella (me remito a la obra que el autor coordina: Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2014), con algunas adaptaciones, ya que este diálogo tiene como destinatarias a todas las personas que integran nuestra sociedad, es decir a las o los ciudadanxs comunes, y también a los registros de adoptantes locales y al de Nación, a quienes —por razones de competencia— no les puedo ordenar el armado de una agenda de trabajo con ítems

determinados, sino solamente hacerles llegar una serie de ideas que los inviten a reflexionar y a revisar sus regulaciones internas y sus prácticas cotidianas.

No voy a usar este espacio para hacer citas jurídicas, porque se trata de información accesible para quienes tengan interés en la temática, y el objetivo de este texto es hacer un aporte desde el criterio de realidad para que nos detengamos a ver cómo con pequeños actos abrimos o cerramos puertas en el ejercicio de los derechos. Esos pequeños gestos son los que hacen operativos o frustran los derechos de las personas y por ello es tan importante que nos detengamos a reflexionar sobre nuestras conductas para no seguir repitiendo pautas de trabajo que son perjudiciales para el sistema de derechos. Utilizo el espacio que me da la sentencia por la amplia difusión que tienen actualmente las sentencias judiciales, gracias al lugar que ocupan y el trabajo que realizan las áreas de comunicación judicial y cómo nutren con esa información a los medios de difusión masivos. Por otro lado, me consta que lo escrito en las sentencias perduran en el tiempo mucho más que lo dicho en un artículo de doctrina, en un artículo periodístico o en una disertación dada en un congreso o una clase, ya que se transforman en textos que aparecen en forma recurrente en las capacitaciones profesionales, por lo cual eso va a permitir que este diálogo con la sociedad y con los operadores no se agote en el corto plazo.

Hago otra aclaración preliminar, que posiblemente sea necesaria para una mejor comprensión de este texto: en más de una ocasión me expreso en primera persona del plural y eso se debe a que el trabajo interdisciplinario que hacemos en este tipo de causas es conjunto entre la suscripta y lxs tres profesionales de equipo interdisciplinario, en donde el equipo trabaja en forma trasversal entre la abogada (jueza), la psicóloga, el trabajador social y la psicopedagoga, a diferencia del modelo tradicional que imponen los Poderes Judiciales en donde se deja establecida una supremacía entre quienes tenemos título de abogadx frente a las otras especialidades. Este modelo tradicional se choca de bruces con la propuesta interdisciplinaria adecuadamente entendida e implementada.

El inicio de esta historia lo voy a retrotraer hasta el momento en que quedó firme la sentencia de adoptabilidad del niño, quien en ese entonces tenía cuatro años de edad. De manera inmediata se inició la búsqueda de posibles adoptantes entre las personas inscriptas en el registro local (RUAGFA) y se amplió la búsqueda hacia otros registros de la provincia. Ambas búsquedas arrojaron resultados negativos porque no había personas anotadas que estuvieran en condiciones de ahijar a este niño, por diversas cuestiones que han sido observadas y analizadas en el expediente.

En esa circunstancia tomamos la decisión de realizar una convocatoria pública, para lo cual hemos realizado un trabajo conjunto entre quienes integran el equipo interdisciplinario del tribunal, la Defensora de Menores, las responsables del área de comunicación del poder judicial y el ministerio público y contamos con la asistencia técnica del área de diseño gráfico del Poder Judicial, el RUAGFA y el asesoramiento de una especialista externa, la Lic. Federica Otero, quien sugirió algunas ideas que fueron útiles para el trabajo desarrollado. El objetivo de esta tarea era poder encontrar la mejor familia para B. y, para ello, era necesario que muchas personas de nuestra comunidad la conocieran para que, quienes sintieran que cumplían las condiciones adecuadas, se pusieran en contacto con el tribunal. La convocatoria se difundió a través de todas las vías de comunicación del Poder Judicial, se pautaron entrevistas con medios de comunicación masiva (TV, diarios, radios), quienes se sensibilizaron con este trabajo y se pusieron a disposición de un modo muy respetuoso, se pegaron afiches en toda la zona, y mantuvimos conversaciones con referentes y organizaciones comunitarias.

La búsqueda estaba limitada geográficamente a los alrededores de nuestra ciudad porque la vinculación con B. iba a requerir un contacto que debía ser continuado, sin los altibajos que se generan cuando las personas viven en lugares alejados y entre un encuentro presencial y otro puede existir un lapso prolongado. La cercanía permitiría, además, que el acompañamiento del equipo del tribunal pudiera ser más estrecho y se valoró que en esta ciudad hay un hermano y otros miembros de la familia de origen de B. con quienes se pretende que continúe vinculado. En este contexto, hemos realizado una primera convocatoria, sin resultados positivos y decidimos realizar una segunda, con una extensión geográfica un poco mayor, extendiéndonos hacia ciertos sectores de nuestra vecina provincia del Neuquén, y solicitamos la remisión de legajos desde el Registro de Adoptantes de Nación. En esta ocasión recibimos resultados negativos desde los registros y nuevas inscripciones directas, muchas fueron de personas que no cumplían los requisitos pero igualmente buscaban ese medio de comunicación para transmitir algún tipo de mensaje, acompañamiento y notamos que se sumaban personas a pedir información sin un interés real sino con la finalidad de poder conocer más detalles sobre la noticia que habían visto en los medios.

Dentro de este grupo, estaba la pareja conformada por J. y C., quienes informaban su deseo de ahijar y que entendían que cumplían con las condiciones necesarias para ser los padres del niño. Al describirse, informaban que los dos son personas Sordas y este dato es el que determina que esta historia sea distinta a las demás que hemos conocido.

C. y J. se presentaron diciendo que el hecho de no poder oír (o, mejor dicho, oír muy poco) no era un limitante para la crianza de un niño que tiene varios problemas de salud y tiene dificultades para comunicarse porque tenía un escaso desarrollo del habla y muy poca motricidad (en sus piernas y en uno de sus brazos). Cuando concurren a la primera entrevista con el equipo del juzgado, lo hicieron acompañados por una amiga que hizo el trabajo de intérprete, porque sabían que el Poder Judicial no contaba con recursos para poder mantener una entrevista en donde la comunicación fuera fluida y profunda. Tenían razón con esta impresión y, con ese pequeño acto, dejaron en evidencia la falencia del Poder Judicial y, asimismo, sus recursos para llevar adelante tantas actividades de su vida cotidiana en una sociedad que no está aún preparada para comunicarse con personas Sordas (utilizo este concepto que se extrae de la cultura Sorda, por la afinidad de sus protagonistas, pero en todo este texto voy a puntualizar en la importancia que tiene el reconocimiento de los derechos de todas las personas, más allá de sus circunstancias, sus problemas de salud, sus condiciones sociales o culturales o económicas, género o elección sexual, etc., y reforzar la premisa de que todas somos Personas con derechos).

Al avanzar con el proceso de selección, la decisión se inclinó hacia esta pareja porque se valoró que por sus experiencias de vida eran dos personas que entendían muy bien lo que significaba vivir en una sociedad que muchas veces es hostil con las personas que no se encuentran en los estándares medios y estas vivencias los habían fortalecido de modo que son personas que gozan de sus derechos y que tienen muy aceitados los mecanismos para eliminar aquellas barreras que la sociedad tiene levantadas. Notamos que ellos no solo empatizan con la situación de B. sino que también lo comprenden y son grandes maestros para enseñarle cómo vivir de un modo pleno.

Este análisis nos hizo reflexionar sobre muchos aspectos, algunos particulares de la situación de B. y otros sobre las situaciones que atraviesan las personas sordas o aquellas que tienen problemas en su salud para poder disfrutar de todos sus derechos con libertad y plenitud.

Una de esas preguntas es: ¿por qué no estaban inscriptos en el registro de adoptantes, puesto que se trata de dos personas que tienen deseo de ahijar, la convicción de que la adopción era la forma de poder satisfacer este deseo y las condiciones personales para emprender esta tarea de un modo responsable? J. y C. habían intentado realizar los trámites para la inscripción del registro de adoptantes de su provincia y nunca pudieron terminarlos porque se sintieron excluidos y que no hubo predisposición por parte de

quienes los han atendido para poder establecer una comunicación. Quizás esta es una sensación personal de ellos porque están acostumbrados a vivir en una sociedad que les impide el acceso a ciertos derechos y quizás fue el sistema que no les autorizó el acceso, por ello, la importancia de generar espacios para evitar estas exclusiones, situación que impone un plus de responsabilidades laborales a lxs operadores.

Más allá de su respuesta personal, esta misma pregunta queda abierta a muchas otras personas que están en la misma situación que ellos. Sin meternos en estadísticas oficiales, quienes trabajamos estas temáticas sabemos que son muchas las situaciones en las que lxs niñxs o adolescentes que están en situación de adoptabilidad tienen algún problema en su salud, alguna discapacidad y que en los registros hay muy pocas personas en condiciones para acompañarlx en su crianza. Por eso mismo, resalto nuevamente que un hecho determinante para la elección de estos padres fue evaluar el nivel tan profundo y cierto de comprensión de la realidad de este niño.

Sabemos que hay muchísimas personas sordas que son madres o padres y que se ocupan de un modo muy responsable del cuidado de sus hijxs, por lo cual esta condición (ni ninguna otra) puede ser excusa para impedirles la filiación adoptiva. Por eso, nos seguimos preguntando y les pregunto a los registros: ¿por qué no hay personas sordas o personas que tienen alguna discapacidad inscriptas en sus listados para poder adoptar?

Hace unos pocos meses leía una nota publicada en la página del Poder Judicial de la provincia de Santiago del Estero titulada “Acompañan a una persona con discapacidad en el proceso de adopción” y explicaban lo siguiente: “Una experiencia inédita lleva adelante el Registro Único de Aspirantes a la Adopción (RUA) del Poder Judicial provincial, conjuntamente con el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mediante la que se procura brindar al proceso de adopción la accesibilidad necesaria en materia de discapacidad. (...) Finalmente, la funcionaria local aseveró: Para remover esas barreras y lograr la plena inclusión y participación de todos en todos los ámbitos de la vida, que es lo que nos propusimos con ADAJUS, a fin de que las personas puedan acceder al proceso de inscripción y evaluación en igualdad de condiciones; proporcionándoles los ajustes razonables necesarios” (publicada en agosto de 2021, <https://www.jussantiago.gov.ar/web/#/novedades;id=7787>).

Esta información ratifica la sospecha de que no existen estas inscripciones. Lo que no se entiende es

por qué, ya que nuestra legislación no solo lo autoriza sino que, además, obliga al Estado a la eliminación de todas las barreras que coarten los derechos de las personas con discapacidad, quienes tienen —según la ley vigente— el mismo derecho a ser evaluadas como posibles adoptantes que tienen las demás personas en nuestro país (hablo en términos genéricos porque es útil aplicar este concepto convencional, sin perjuicio de conocer y respetar que hay un colectivo de personas Sordas que consideran que la CDPC no las incluye). Estas puertas que se les cierran a estas personas adultas, son caminos que se les coartan también a estxs niñxs o adolescentes que no tienen la posibilidad de iniciar una vinculación familiar y tener satisfecho su derecho a vivir en familia. Como se observa, el déficit es grande y el daño es múltiple.

No puedo desconocer que hemos tenido reparos cuando nos enteramos que una de las parejas inscriptas estaba integrada por dos personas Sordas, porque nos preguntábamos cómo podrían interactuar con un niño que tenía tantas dificultades para comunicarse. Por suerte, esos reparos —a los que en debida forma debo llamar “prejuicios”, los que aún tenemos pese a nuestra formación y compromiso con los derechos humanos y los que tenemos que detectar y aceptar para poder propiciar cambios en nosotrxs mismxs— no impidieron que citemos a C. y a J. para conocerlos en persona y permitirles que pudieran enseñarnos aspectos muy interesantes de sus vidas cotidianas. Este contacto nos hizo apreciar que se iban a poder comunicar con el niño sin mayores inconvenientes, porque tienen suficientes recursos para ello y, de algún modo, encontrarían caminos para superar nuevos desafíos.

La pandemia prolongó los tiempos del primer contacto entre B. y sus papás, pero ello tuvo también sus beneficios porque en ese tiempo estuvo viviendo con una familia solidaria (así se las denomina en nuestra provincia), una familia integrada por una mamá y tres hijxs pequeños, uno de los cuales también tiene una discapacidad, y ella es terapeuta de equinoterapia (por esa actividad conocía previamente a B.). En esos meses, B. pudo vivir en un núcleo familiar, a diferencia del lugar en donde residía previamente que era una institución. Esta dinámica y el acompañamiento de cada integrante de este grupo (no importan sus edades, cada unx aportó lo suyo), permitieron que B. desarrollara nuevas aptitudes, lo cual facilitó el tránsito hacia su hogar definitivo. Los primeros encuentros entre B. y sus papás se hicieron en la casa de esta familia, en febrero de este mismo año y no pasaron más de quince días para que se dictara la resolución de guarda preadoptiva y él estuviera viviendo en su nueva casa, con su familia. Este tránsito ocurrió de manera muy natural y la conexión y comunicación entre el niño y sus padres en ningún momento fue un problema. Las expresiones de felicidad de B. en estos

primeros encuentros daban cuenta de lo bien que se sentía, tal como lo dejó indicado en la resolución de guarda.

Destaco el rol que ocupó esta familia solidaria (en especial, de la mujer a cargo de esta familia monoparental, quien asumía las tareas de cuidado, con todo lo que ello implica) en la transición entre una vivienda y otra porque eran las personas que conocían a B. y eran las que mejor podían indicarle a sus papás cómo era vivir con él. Esto agilizó mucho los tiempos ya que permitió una comunicación directa en lugar de que fuera una comunicación intermediada por los profesionales intervinientes, por lo cual la comunicación fue mucho más fluida (sin perjuicio que hubo una supervisión y acompañamiento constantes).

Al advertir que en la práctica tribunalicia (de todo el país, tal como se ve en las noticias) suele haber cierto desaire hacia estas familias de tránsito en el momento de trabajar la inclusión en la familia adoptiva, considero importante mencionar que nuestro actual Cód. Civ. y Comercial propone un sistema de adopción que tiene como centro la observación de los derechos de los niños o adolescentes y para ello tenemos que analizar su vida desde una manera lineal, por lo cual, es importante el respeto de su derecho a conocer su realidad biológica, los motivos por los cuales la vinculación con esa familia se vio interrumpida y también qué pasó entre ese momento de sus vidas y el día en que inicia la nueva convivencia familiar (todo ello es parte de “sus orígenes”). En este período intermedio están las familias solidarias y, desde el sistema legal de protección integral (ley 26.061), se pretende que este período se transite en grupos familiares en lugar de estar viviendo en instituciones, lo cual trae muchísimos beneficios. Permitir que los niños y adolescentes cesen la convivencia con esta familia de una manera afectuosa y respetarles que mantengan una vinculación con estos referentes afectivos —con quienes han generado una relación familiar socioafectiva—, es un aspecto muy relevante dentro del análisis de su interés superior. Por ello, facilitar la comunicación directa entre la familia solidaria y la adoptiva es una circunstancia que debe ser propiciada (digo “propiciada”, no “impuesta”) por los tribunales porque favorece los derechos de estos niños y adolescentes.

Hace unas pocas semanas tuvimos el gusto de ir a la casa de B. y su familia y ver cómo viven (la audiencia previa al dictado de esta sentencia fue tomada en la vivienda familiar, en lugar de tomarla en el tribunal, como es habitual). La conclusión es que B. está muy bien (más coloquialmente, podría decir que está bárbaro), recibe muchísimo cariño (lo que es maravilloso para él porque es súper mimoso) y también recibe todos los cuidados que él necesita y de la manera que él los necesita. Por otro lado, están muy bien sus dos

papás, a quienes les cambió la vida de un modo inimaginable y han manifestado que esta relación familiar es un sueño cumplido.

Con todo lo que hemos apreciado durante estos meses, no tengo dudas que la familia elegida para B. es la mejor que hemos podido seleccionar y que esta idea inicial de que J. y C. iban a comprender a B. y desde ese lugar de comprensión iban a pensar y poner en práctica las mejores estrategias para su crianza, quedó confirmada con el paso del tiempo. Su proyecto familiar cuenta con un sólido acompañamiento de familiares y amigos, que en ocasiones funcionan como apoyos, y aportan beneficios a la dinámica familiar para que tengan una buena calidad de vida. La valoración de las pruebas agregadas en el expediente me lleva a concluir que el vínculo paterno-filial se ha formado, que esta vinculación permite la identificación de B. como hijo de C. y J. (a quienes reconoce y busca cuando necesita contención) y que entre los tres forman un grupo familiar nuclear con las características de homogeneidad que los unen y distinguen frente al resto de la sociedad e integran una familia ampliada en la que B. también ha logrado sentir su pertenencia, al igual que con la pertenencia al grupo de amistades cercanas de sus papás, importantes referentes afectivos.

Consecuentemente, esta relación se observa como muy beneficiosa para el niño, quien tiene sus derechos satisfechos en los términos pretendidos por la Convención sobre Derechos de los Niños. Por su parte, de las pruebas obrantes se puede inferir que esto tiene la misma proyección hacia el futuro, motivo por el cual es positivo el emplazamiento filiatorio pretendido pues le dará a esta unión estabilidad y continuidad.

Por lo tanto, debo concluir en que el otorgamiento de la adopción plena del niño B. a los Sres. C. A. R. y J. J. G. satisface plenamente el interés superior de este niño, cumpliéndose con esta decisión con el control de los recaudos que están establecidos en las leyes que regulan este proceso y con los principios y directivas de jerarquía suprallegal. En este sentido, las Directrices de Riad destacan que “se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el desplazamiento de un lugar a otro” (Directriz 14 de Riad, elaborado por la Asamblea General de la ONU en el año 1990).

Para concluir este relato y que se comprenda el mensaje que sus protagonistas quieren dar a la so-

ciudad, me parece significativa la frase que dice el músico Alejandro Davio cuando estaba proyectando con León Gieco ese excepcional trabajo que hicieron con “Mundo Alas”: “Vamos a dar señales de que estamos vivos y de que vamos por más” (Documental “Mundo Alas”, <https://www.youtube.com/watch?v=UDnbAvbKyfg>, minuto 6:57, el que recomiendo ver en su extensión).

C. y J. saben que esta historia está abriendo puertas a tantas otras personas que tienen sus mismos deseos y no encuentran aceptación por parte de un sistema que proclama derechos pero continúa siendo muy hermético e impide que estos derechos logren consagrarse.

Para mensurar estos dichos, nos han comentado que recibieron mensajes de más de 150 personas de todo el país (que se enteraron por comentarios de boca en boca, porque no hubo difusión pública) que les pedían que les explicaran cómo habían podido obtener la guarda adoptiva de un niño. Estas personas son algunas de las que están hoy en día fuera del sistema, mientras tenemos colmadas las listas de los registros de adoptantes con personas que no tienen deseos o no están en condiciones para ahijar a un montón de niños o adolescentes que necesitan vivir con una familia. Sé que este es uno de los temas de agenda que tiene la DNRUA y tal vez acá tengan una arista de trabajo que permita modificar las estadísticas que surgen de sus registros en cuanto a las capacidades adoptivas de sus inscriptos (y aprovecho la atención de los lectores para decir que también habría que convocar a personas que ya tienen hijos para que se inscriban en estos registros, porque aún está circulando la idea de que la adopción es solo para personas sin hijos y nos estamos perdiendo un caudal muy importante de familias muy valiosas que tendrían excelentes condiciones para la integración adoptiva).

Respecto a la modificación del segundo nombre de pila del niño, considero que los fundamentos expresados por C. y por J. son absolutamente atendibles. “G.” no es un nombre con el cual él se sienta identificado, por cuanto nunca lo ha usado. Por ende, no observo una afección a su identidad si se produce esta modificación y se lo reemplaza por J. En cambio, sí produce un cambio que es muy beneficioso para sus padres porque es cierto que este otro nombre les resulta más sencillo de pronunciar y les facilitaría la tarea de informar el nombre de su hijo, tal como lo indicaron cuando estuvimos en la audiencia. Se trata de una petición que no altera la regla prevista en el art. 623 Cód. Civ. y Comercial y conjuga en forma adecuada el derecho del niño con el derecho de estas personas adultas que están peticionado la modificación. En cuanto a la inscripción del apellido, deberá inscribirse el apellido como “G.

R.”, de modo tal que su nombre completo será a partir de dicha inscripción “B. J. G. R.”.

Por otra parte, resta evaluar el mantenimiento de los vínculos entre B. y su hermano D., quienes se reencontraron recientemente, primero a través de medios telemáticos y días más tarde en forma presencial, luego de un período de distanciamiento que estuvo marcado por la pandemia. Estos primeros encuentros fueron muy significativos para ambos niños y es el comienzo de una nueva forma de vinculación que se observa como muy positiva y así ha sido comprendida y vivenciada por todos los adultos involucrados. En este contexto, considero que en este caso están dadas las condiciones para dejar establecido el mantenimiento del vínculo entre B. y D., sin perjuicio que en el futuro esta decisión pueda ser modificada por hechos sobrevinientes.

Con relación a la falta de inscripción en el “registro de adoptantes” (art. 600 inc. b Cód. Civ. y Comercial) de quienes pretenden esta adopción, dejo aclarado que no se encuentran inscriptos porque el registro provincial (en concordancia con la interpretación que realiza el Consejo Consultivo de la Dirección del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, según ha sido informado por el registro local) considera que las personas que han iniciado un proceso de guarda por el llamado realizado a través de una convocatoria pública no deben inscribirse en el registro, tema que he cuestionado en resoluciones dictadas en otras actuaciones en las que se denegó la inscripción registral y la Cámara confirmó la postura del RUAGFA, razón por la cual no he exigido su inscripción en este caso para no dilatar innecesariamente los plazos procesales. Sin perjuicio, antes del otorgamiento de la guarda se han realizado las evaluaciones habituales que exige el registro para su inscripción. Con esta aclaración y a los fines de evitar que en el futuro se realicen interpretaciones distintas, dejo aclarada esta cuestión para que la falta de inscripción no pueda configurar un supuesto de nulidad en los términos previstos en art. 634 Cód. Civ. y Comercial.

Por lo expuesto, la conformidad prestada por la Sra. Defensora de Menores y lo normado en los arts. 558, 559, 615, 616, 617, 618, 619 inc. a), 621, 623 y 624, ss. y cc. Cód. Civ. y Comercial, art. 3, 20, 21 y cc. CDN, Op. Cons. 17 CIDH, leyes 26.061 y 4109 RN, fallo: 1) Concediendo a los Sres. C. A. R. (DNI ..., de nacionalidad argentina, y J. J. G. (DNI ...), de nacionalidad argentina, la adopción plena del niño B. G. L. (DNI ...), nacido el día ... de agosto de 2015 en la localidad de General Roca, provincia de Río Negro, inscripto en el Acta ..., Fº ..., del libro de nacimientos del año 2015, T. III de la oficina del Registro Civil de General Roca, con efectos retroactivos al día del otorgamiento de la

guarda preadoptiva (19/02/2021), manteniéndose el vínculo fraterno con su hermano D. J. E. 2) Modifíquese el segundo nombre de pila, G., y reemplácese por J. y el apellido del niño debiendo consignarse como "G. R.", de modo tal que su nombre completo quede inscripto como "B. J. G. R." 3) Regulo los honorarios de la Dra. Ana María Streidenberger, Defensora Oficial, en la suma de \$... (...JUS), en aplicación de lo normado en los arts. 6, 7, 8 y 9 LA. Costas por su orden. Los honorarios regulados no podrán ser ejecutados hasta tanto cese el beneficio de litigar sin gastos, conforme lo establece el art. 78 y ss. Cód. Procesal. Al momento del pago, las sumas indicadas deberán ser depositadas en una cuenta bancaria del Poder Judicial, la que será informada por el organismo respectivo, no pudiéndose entregar en mano a ningún funcionario o empleado judicial. 4) Regulo los honorarios de lxs peritos intérpretes de señas Ayelén Prado y Nahuel Sepúlveda, en forma conjunta, en la suma de \$... (...JUS), los que se regulan teniendo en consideración la actividad realizada y el tiempo destinado a estas tareas. En base a lo informado previamente por la Administración General del Poder Judicial, conforme el mail remitido a la suscripta en fecha 05/03/2020, estas sumas serán abonadas por el Poder Judicial de la provincia de Río Negro, para lo cual se deberán realizar las respectivas diligencias. 5) Regístrese y notifíquese. 6) A los fines de la inscripción de esta resolución, líbrese oficio digital al Registro Civil y Capacidad de las Personas de esta provincia con asiento en la ciudad de Viedma, ordenándose la expedición de nueva partida de nacimiento con los recaudos impuestos por el art. 559 Cód. Civ. y Comercial, dándose cumplimiento a lo previsto en los apartados 1) y 2) de este resolutorio. 7) Requiérase al equipo interdisciplinario que tome contacto con la Sra. C. y le informe sobre el dictado de esta sentencia, pudiendo entregarle una copia. 8) Líbrese oficio al RUAGFA (a la sede central, de la ciudad de Viedma) a los fines que tome conocimiento del resultado de la convocatoria pública que fuera realizada en su oportunidad. 9) Expídase testimonio para las partes. — *Moirá Revsin*.

TUTELA

Alcances. Existencia de un único familiar que se allanó a la demanda. Consolidación de una situación de hecho. Otorgamiento.

1. — La niña se encuentra integrada al grupo familiar que reclama su tutela, manteniendo vínculos de afecto y respeto entre todos sus integrantes. Este espacio familiar y vecinal, además, es conocido y confiable para aquella. De igual modo, se infiere un compromiso de la pareja en facilitar los contactos con el único tío

de la niña. El trámite de tutela iniciado daría un marco legal necesario a una situación que se viene manifestando de hecho.

2. — Conforme el art. 104 del Cód. Civ. y Com., el instituto de la tutela está destinado a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil, cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

JFamilia 5a Nom., Córdoba, 14/09/2021. - L., S. P. y otros s/ tutela.

[Cita on line: [TR LALEY AR/JUR/152389/2021](#)]

1ª Instancia.- Córdoba, septiembre 14 de 2021.

Resulta:

I. Con fecha 12/11/2020 los Sres. L. C. P. y M. Joaquín López peticionan se les otorgue la tutela de la niña S. P. L., DNI, de 7 años de edad, hija de la A. E. L., fallecida el día 02/11/2020, sin filiación paterna. Expresan que desde hace tres años conocían a la Sra. A. E. L. y a su hija S. P. L., por ser vecinos del barrio y la niña compañera de colegio de su hijo N. en la Escuela Roma. Explican que la relación de amistad se fue haciendo cada vez más estrecha y el vínculo muy cercano, extendiéndose a las familias. "...Compartiendo nuestras vidas, durante las semanas, algunos fines de semana, hasta llegar a compartir, fiestas de fin de año, cumpleaños y festejos familiares. Por los comentarios de A. E. L., la misma no tenía familia, (solo un hermano, L., S. E.) al que no nombraba mucho, y con quien no mantenía relación) y fue adoptando a nuestra familia como propia. En el mes de febrero del año en curso (léase 2020), A. E. L. comenzó con problemas de salud, y la misma no se hacía atender. Los mismos se fueron agravando con el correr de los meses. Tan es así que tuvo que ser operada de un tumor de médula ósea, lo cual le produjo, antes y después de la cirugía, serios problemas físicos que la invalidaban. Estuvo postrada e inválida. Luego de eso se le produjo una peritonitis que derivó en varios días de internación en terapia intensiva y en su posterior fallecimiento. Desde que A. E. L. se enfermó nos ocupamos personalmente de atenderla y cuidarla y nos hicimos cargo de todos los cuidados de su hija S. P. L., quien se encontraba sola, mientras su mamá estaba enferma. La niña comenzó a quedarse en nuestra casa todas las tardes, luego de lunes a viernes todo el día, incluso a dormir, hasta que en el mes de agosto empecé a convivir con nosotros, de manera continua y permanente. Hoy en día se encuentra integrada a la familia. Se forjó un vínculo afectivo muy fuerte, vínculo que lógicamente se consolidó y fortaleció aún más desde que comenzó

a convivir con nuestra familia. Que, en lo que refiere a S. P. L., esta goza de un buen estado de salud, se encuentra cursando sus estudios primarios, en primer grado y presenta muy buen desempeño escolar, ocupándonos personalmente de todo lo relacionado con su formación, realizando las actividades curriculares y extracurriculares, acompañando así a S. P. L. en todos los acontecimientos relacionados con su escolarización, acompañando a la niña en todo el proceso de enfermedad de su madre, S. P. L. se encuentra totalmente integrada a nuestra familia y que somos "las únicas personas", que podemos ocuparnos de la niña, considerando que pertenecemos a los vínculos afectivos sólidos de S. P. L., que la niña va a continuar viviendo en mismo barrio, manteniendo su centro de vida, y sosteniendo sus vínculos de amistad que ya tenía formados, entendiendo que con nuestro pedido se protege el interés superior de la niña. En lo que respecta a nuestra situación personal, poseemos buen estado de salud, carecemos de antecedentes penales, y somos un matrimonio convencional, estamos casados hace ocho años, tenemos dos hijos, N. de 6 años y E. de 2 años, vivimos en nuestra casa ambos somos trabajadores, M. Joaquín López docente en varias escuelas provinciales y L. C. P. es psicóloga, percibiendo ingresos aproximadamente en la suma Pesos Ciento Ochenta mil (\$180.000), por mes, entre ambos. Por lo expuesto, habida cuenta que ante la inminente gravedad de la enfermedad de A. E. L., siempre fue su preocupación que S. P. L., pudiera formar parte de nuestra familia y quedar bajo nuestros cuidados, atendiendo que a su vez no tiene filiación paterna, ni parientes que puedan hacerse cargo y ocuparse de sus cuidados y educación, se hace imprescindible designarle un tutor a fin de cubrir su orfandad representativa, considerándonos las personas más idóneas para tomar a cargo dicha responsabilidad. Que, conforme lo dispuesto por los arts. 101 y 107 de nuestro Cód. Civ. y Comercial y ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores, es que pedionamos se nos otorgue la tutela de S. P. L...." Ofrecen prueba: Documental - Instrumental, Informativa, Testimonial.

II. Con fecha 17/11/2020 a los fines de proveer a la demanda incoada, el Tribunal dispone "...atento los términos de la misma y dado que la petición efectuada por los comparecientes resulta procedente en los casos en que no haya persona que ejerza la responsabilidad parental y a los fines de evaluar el referente adulto que resulte la persona más idónea para brindar protección a S. P. L. (art. 104 y 107 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y conforme lo previsto por el art. 175 inc. 2 del Cód. Proc. Civ. y Comercial): Previamente denuncien en autos nombre y domicilios de los familiares de la niña con capacidad para ejercer el cargo de tutor (siendo a cargo de los accionantes realizar las gestiones tendientes a su averiguación) pudiendo ocurrir a entidades públicas o privadas para contar

con dicha información..." Denunciando las partes que desconocen quien puede ser el progenitor de la niña y que el único familiar es el hermano de la Sra. A. E. L., S. E. L. DNI ...

III. Por decreto de fecha 11/12/2020 el Tribunal provee: "...Por cumplimentado lo requerido mediante proveídos de fecha 02/12/2020 y 03/12/2020. En su mérito, provéase a la demanda incoada: Al punto I a IV): Por presentados, por parte y con el domicilio constituido. Admitase. Agréguese. Imprímase al pedido de tutela el trámite previsto por el art. 75 y ss. de la ley 10.305. Cítese y emplácese al Sr. S. E. L. (tío paterno de la niña de autos) para que en el término de seis días comparezca a estar a derecho, conteste la demanda y en su caso, oponga excepciones o deduzca reconvencción, debiendo acompañar toda la prueba de la que haya de valerse, bajo apercibimiento de rebeldía. Téngase presente la prueba ofrecida por la actora para la etapa procesal oportuna...." Asimismo se ordena dar intervención al Ministerio Público Pupilar en su carácter de representante complementario.

IV. Con fecha 16/12/2020 comparece el Sr. S. E. L. junto a su letrada patrocinante, Dra. Diana Jacqueline Gómez quien expresa "...Manifiesta - se allana a la acción incoada: Que vengo a manifestar, que he tomado conocimiento del inicio de las presentes actuaciones tanto por medio de conversaciones con los Sres. L., M. y P., L, como así también por el reciente decreto de fecha 11/12/2020, el cual me notifico del mismo en este acto. Razón por la que me presentó voluntariamente a tomar participación a los fines de comparecer y allanarme en todos y cada uno de los términos de la demanda presentada por el matrimonio de los Sres. L. - P. Que, siendo el momento oportuno de expresarme, debo decir que soy tío de S. P. L., por ser el único hermano de A. E. L., y que por cuestiones de la vida no teníamos contacto asiduo, lo que significó que no tenga contacto ni socio afectividad con mi sobrina S. P. L. Pero desde que fui informado del estado de salud de A. E. L., quien en su último momento estaba peleando por su vida, me encuentro con esta familia que conocían a A. E. L. desde hace algunos años y que la estaba asistiendo desde hacía varios meses, estando a cargo de A. E. L. y de mi sobrina Recién desde el fallecimiento de mi hermana, lo que me tomó totalmente por sorpresa, me encuentro forjando un vínculo con mi sobrina S. P. L., gracias a esta familia. Que desde ese momento, nos estamos conociendo, compartiendo tiempo, momentos, anécdotas de nuestra niñez (de A. E. L. y mía), tanto con S. P. L. como con los pretensos tutores. Que no tengo nada que objetar a esta acción, a la que me allano en una conformidad total. Tengo conocimiento de la acción entablada por M. Joaquín López y L. C. P. Debo expresar que es mi deseo, que S. P. L. pueda tener una familia, como la constituida por este matrimonio en donde pueda

desarrollarse como un ser humano íntegro y pleno, y que por cuestiones naturales de la vida, no puede cumplir con su familia de origen. S. P. L., solo tenía a mi hermana como madre y la ha perdido, nunca supe quien era el padre, A. E. L. nunca quiso decir quien era, por lo que S. P. L. solo me tiene a mí y a mis hijos que son sus primos, pero que recién nos estamos conociendo, por lo que desarraigarla de esta familia no sería un gesto de amor, ya que allí tiene su centro de vida, sus compañeros, su colegio y considera a M. Joaquín López y L. C. P. como su familia. Por razones de que hoy me encuentro atravesando, es decir, estoy recientemente separado de una relación convivencial, con un régimen de comunicación con mis hijos, no estoy en condiciones emocionales para poder ejercer el cuidado de S. P. L. como ella se merece, pero sí mantener los vínculos con mi sobrina, los que no tengo duda que en los hechos ocurrirá, tal como viene sucediendo. Que con tan solo verlos actuar, es posible descubrir el amor que han podido construir, más allá de los vínculos legales que pudiesen o no existir, ellos son y se comportan públicamente como familia; veo a S. P. L. feliz, con una contención que yo no podría otorgarle en estos momentos, que le ha permitido superar o manejar la pérdida de su madre, mi hermana, a tan corta edad. Que he observado la atención y trato que L. C. P. y M. Joaquín López le ofrecen a la niña, en solo estos meses, S. P. L. visitó el pediatra, el dentista estuvo de compras y se encuentra ansiosa por las próximas vacaciones. Que no tengo dudas, que la elección de mi hermana, al elegir esta familia, es la correcta, respetando su voluntad, presto conformidad a que S. P. L. quede a cargo de la familia conformada por M. Joaquín López y L. C. P., allanándome a la demanda de tutela presentada en todos sus términos...”

V. Con fecha 17/12/2020 se tiene presente el allanamiento formulado por el Sr. S. E. L., y se cita a las partes a la audiencia que prevé el art. 81 y 84 de la ley 10.305. Certificándose la escucha de la niña. Con fecha 19/02/2021 se celebra la audiencia del art. 81 de la ley 10.305 la que tiene lugar mediante videollamada en el marco de la emergencia sanitaria. A la misma comparecen “...los Sres. L., M. J., DNI N° ... y P., L. C., DNI ..., acompañada del patrocinio letrado de las Dras. Sigris Adriana Corbalán y María C. Romero Del Prado, el Sr. S. E. L., DNI ... con el patrocinio letrado de la Dra. Gómez Daiana y Gabriela Mariani Auxiliar Colaboradora de la Asesoría de Familia del Tercer Turno en su carácter de representante complementaria.

Abierto el acto por S.S., previa espera de ley, luego de escuchar a las partes, se concede la palabra a la parte actora quienes manifiestan que: ratifican en todos sus términos la demanda incoada con fecha doce de noviembre de dos mil veinte, y solicita que se provea a la prueba ofrecida. Asimismo, desisten del pedido de intervención del CATEMU.

Concedida la palabra al Sr. S. E. L., manifiesta: que presta conformidad al pedido realizado por los Sres. L. y P. Concedida la palabra a la Auxiliar Colaboradora de la Asesoría de Familia del Tercer Turno: manifiesta que solicita la intervención del equipo técnico a los fines de la realización de una amplia encuesta socio-ambiental y psicológica, por lo cual espera la producción de la prueba para expedirse.

Lo que oído por S.S. dijo: I. Téngase presente lo manifestado y la conformidad prestada por el Sr. S. E. L. A mérito de ello, la normativa vigente, provéase a la prueba ofrecida por la parte actora: Documental: agréguese. Testimonial: A los fines de recepcionar la declaración testimonial... II. Téngase por desistido del pedido de intervención del CATEMU por parte de los Sres. L. y P. III. Atento lo solicitado por la representante complementaria: Oficiese a CATEMU a los fines de la realización de una amplia encuesta socio - ambiental y psicológica sobre las partes...”

VI. Con fecha 15/06/2021 se ordena correr los traslados para alegar (art. 87 ley 10.305), presentando con fecha 08/07/2021 los peticionantes su alegato. Con fecha 03/08/2021 el Sr. S. E. L. expresa “...Considero que, de la prueba incorporada a los presentes, lo que en los hechos se viene suscitando, y con el compromiso de mantener os vínculos con mi única sobrina, no existe impedimento para otorgar la tutela incoada por los pretensos tutores...” En tanto la Representante Complementaria de S. P. L., con fecha 05/08/2021, luego de hacer una síntesis de la causa se expide como sigue: “...En consecuencia, considerando el fin de la tutela destinada a brindar protección a la persona y bienes del niño o adolescente, debiendo recaer la designación en aquella persona que resulte idónea, este Ministerio considera que se encuentra debidamente acreditado en autos la idoneidad de la Sra. L. C. P. y el Sr. M. Joaquín López para ejercer tal función que reclaman, por lo que estima les sea otorgada la tutela de la niña S. P. L. considerando que ello redundará en el mejor interés de su representada...”

VII. Dictado el decreto de autos el mismo queda firme y la cuestión planteada en condiciones de ser resuelta.

Considerando:

1) La competencia de la suscripta surge de lo dispuesto por el art. 16 inc. 8 y Art. 21 inc. 1 de la ley 10.305.

2) Entrando al análisis de la pretendida acción tenemos que, conforme el art. 104 del Cód. Civil y Comercial, el instituto de la Tutela está destinado a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su

capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. De esta definición se desprende que es una institución supletoria, presupone que el niño carece de padre y madre o que teniendo a uno de ellos o a ambos, estos han sido privados de su responsabilidad parental o se les ha suspendido en su ejercicio. A falta de nombramiento de tutor por los padres en su testamento o por escritura pública, se tienen en cuenta los vínculos de familia, que son los que habitualmente aconsejan hacer prevalecer a un familiar allegado al niño, por sobre un extraño. Conforme el Art. 107 del Código citado, ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad. Dicho esto, la tutela legal corresponde primero a "aquellos parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o quienes han sido designados tutores por sus padres o estos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental..." (Art. 111 de la normativa de fondo). En los presentes, tenemos que con fecha 16/12/2020 el Sr. S. E. L. (tío materno de S. P. L.) expresa ser el único familiar de la niña, al haber prefallecido sus padres y su hermana A. E. L., madre de S. P. L. Resulta así que el Sr. S. E. L. se allana a la pretensión de los actores por entender que es lo mejor para su sobrina. Así, manifiesta que no tenía contacto con su hermana ni con S. P. L., pero que actualmente gracias a la familia L.- P. ha comenzado a formar un vínculo afectivo con S. P. L. En oportunidad de la audiencia prevista por el art. 81 de la ley 10.305 se tomó contacto con las partes, prestando expresamente conformidad el Sr. S. E. L. a la solicitud efectuada por los actores. Asimismo la suscripta tomó contacto con la niña S. P. L. en oportunidad de la audiencia celebrada para escucharla.

3) Prosiguiendo el análisis, corresponde analizar entonces si los solicitantes reúnen las condiciones morales y materiales para la designación peticionada, conforme las probanzas arrojadas al mérito: 1- De la documental acompañada surge la fecha de nacimiento (26/10/2013) y filiación de la niña de autos S. P. L., quien solo cuenta con filiación materna. 2- Se acreditó el fallecimiento de la progenitora de la niña, Sra. A. E. L., DNI acaecido con fecha 02/11/2020 (acta de defunción Tomo ..., Acta ..., Año ..., Folio ... expedida por la oficina del Registro Civil de Córdoba). Se encuentra entonces acreditado que S. P. L. no cuenta con progenitores que asuman su responsabilidad parental encontrándose en consecuencia, dentro del presupuesto dispuesto por el art. 104 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. 3- Obra en autos carnet de vacunación de la niña, ficha médica, certificado de escolaridad. 4- Por otro lado, obra certificado de antecedentes penales

de los actores, que da cuenta de su solvencia moral, y en cuanto a la solvencia material del informe de CATEMU surge que la Sra. P. es Psicóloga, desempeñándose además como maestra integradora y docente, y el Sr. M. Joaquín López se desempeña como docente en el nivel primario y secundario. 5- De los informes de CATEMU efectuados por las Lics. Laura Ramos (Trabajadora Social) y Julieta Domínguez (Psicóloga) se confirman los hechos relatados por los actores en la demanda inicial, al señalar que "...La pareja P. - L., conocen a A. E. L. y a su hija S. P. L. en el año 2018, ya que ambos grupos familiares vivían en el mismo barrio y S. P. L. y N. (hijo de L. C. P. y M. Joaquín López) concurren al mismo colegio. A partir de allí se inicia una amistad entre estos integrantes, la cual se afianza en el año 2020, momento en que A. E. L. queda sin trabajo. En este contexto L. C. P. y M. Joaquín López se constituyen en un soporte emocional y económico fundamental para A. E. L. y su hija, quienes se encontraban solas, viviendo de manera precaria, con escasos recursos en torno a lo edilicio. Ese mismo año a A. E. L. le diagnostican una enfermedad, que implicó una compleja cirugía y posterior internación. En ese tiempo fueron L. C. P. y M. Joaquín López quienes se encargaron de las necesidades de S. P. L., tanto a nivel económico como emocional, a su vez que acompañaron a A. E. L. en este proceso. En este sentido, en el período de internación de su madre, S. P. L. residía en casa de L. C. P. y M. Joaquín López junto a los hijos en común de la pareja, N. y E. Hasta que finalmente tras el fallecimiento de A. E. L., permanece residiendo junto a ellos de manera permanente. Respecto a la filiación paterna de la niña, no hay mayores datos. El único familiar que aparece en los relatos es un hermano de la madre y los hijos del mismo, con quien S. P. L. estaría retomando su vínculo, promovido por L. C. P. y M. Joaquín López. En la actualidad se advierte que S. P. L. se halla integrada a este grupo familiar. Se infiere que las relaciones vinculares son fluidas, constituyéndose la Sra. P. y el Sr. M. Joaquín López en sus referentes de cuidado y contención, observándose afecto recíproco entre la niña, los adultos y los hijos de ellos. Respecto a la situación traumática que implicó la enfermedad de su madre, el fallecimiento de la misma y posterior cambio de residencia, los adultos han podido solicitar ayuda profesional, encontrándose todo el grupo en proceso de adaptación, siendo sumamente respetuosos de los tiempos de la niña, quien se halla contenida por ellos. La organización familiar se estructura en torno a los trabajos de los adultos y las actividades de los tres niños, destacando que L. C. P. y M. Joaquín López cuentan con una amplia red familiar y social de apoyo. En ese sentido también S. P. L. está incorporada a la familia extensa de L. C. P. y M. Joaquín López quienes si bien no residen en esta capital, frecuentemente los visitan y además colaboran en algunas tareas de cuidado de los tres niños. También en el vecindario permanecen amistades de la madre

de S. P. L., que conservan la relación con la niña. De la entrevista con S. P. L. se advierte un discurso espontáneo, que denota fluidez y bienestar en torno a los vínculos. Puede hablar y expresarse libremente en lo que respecta a su mamá, principalmente con L. C. P., quien es su principal referente de contención. Conclusiones: A partir de las intervenciones realizadas, se advierte que S. P. L. se encuentra integrada al grupo familiar de referencia, manteniendo vínculos de afecto y respeto entre todos sus integrantes. Este espacio familiar y vecinal, además, es conocido y confiable para la niña. De igual modo, se infiere un compromiso de la pareja en facilitar los contactos con el único tío de la niña. El trámite de tutela iniciado, daría un marco legal necesario a una situación que se viene manifestando de hecho, sin advertirse conflicto o impedimento para la continuidad del mismo...”

6- Testimoniales: Los testimonios brindados por las Sras. L. C. P., S. M. P., hermanas de la peticionante dan cuenta de la relación que une a S. P. L. con L. C. P. y M. Joaquín López Que ellas tratan a S. P. L. como a una sobrina más. Que conocieron a A. E. L., su situación de vulnerabilidad y su enfermedad, que estaba sola con S. P. L. Que ven a S. P. L. integrada en la familia. La testigo M. B. V., se expide en similares términos. Que sabe que L. C. P. ayudaba a A. E. L. cuando empieza a andar mal de salud. Que A. E. L. solo las tenía a ella y a L. C. P. Que ella pudo interpretar que era deseo de A. E. L. si algo le pasaba, que su hija viviera con esa familia. Que L. C. P. acompañaba a A. E. L. al médico. Que S. P. L. recibe un trato amoroso, que ha estado en su cumpleaños y alguna tarde ha llevado a su hijo a jugar con S. P. L.

4) De lo actuado surge entonces acreditado en autos la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban madre e hija, habiendo ambas recibido desinteresada y amorosamente la colaboración y contención de la familia conformada por L. C. P., M. Joaquín López y sus pequeños hijos, quienes acompañaron y transitaron junto a A. E. L. y S. P. L. las diversas situaciones por las que tuvieron que atravesar madre e hija, cobijando a S. P. L. luego del repentino fallecimiento de su madre, y ante la falta de otro familiar dispuesto a asumir tal responsabilidad. Que venían desempeñando dicho sostén desde antes de la enfermedad de A. E. L., asumiéndolo con mayor vigor desde la muerte de la progenitora, cuando S. P. L. quedó a su cuidado. Que anoticiado el tío materno de S. P. L. de la enfermedad y posterior fallecimiento de su hermana, ha prestado conformidad a lo solicitado por el matrimonio peticionante, no existiendo otros parientes que puedan asumir esta responsabilidad. Que los informes de Catemu son contundentes en orden a la contención brindada por L. C. P. y M. Joaquín López a la niña de autos, quienes conforman junto a sus hijos (N. y E.) el núcleo cotidiano de S. P. L., desarrollándose junto a ellos en un marco de amor fraternal y fami-

liar que sin dudarlo, repercute favorablemente en la pequeña de autos. Como ya se ha expedido la suscripta en los presentes, en oportunidad de las autorizaciones peticionadas por los comparecientes para incluir a S. P. L. en la obra social de la que son titulares, poder efectuar trámites relacionados con la educación de la niña, percibir las asignaciones que el Estado a través del ANSeS otorga a los NNA, etc. (Conf. Auto Número Ciento cincuenta y ocho, de fecha 23/04/2021) “...la tutela judicial efectiva, con relación a los niños y adolescentes, tiene que ver con lograr la preeminencia de su interés superior, del cual se desprenden principios o sistemas básicos, como lo son el de efectividad, el de la protección especial, el de la actividad oficiosa del tribunal...”

En el *sub lite*, nos encontramos frente a la necesidad de tutelar válidamente el derecho humano de S. P. L. a crecer y desarrollarse en una familia, parámetro que, junto a su interés superior, permiten armonizar y acercar una solución legal a la realidad. Nuestra Corte Suprema ha expresado “...La atención principal al interés superior del niño al que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, como son las de constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y al de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio mencionado proporciona un parámetro objetivo en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza al del niño” (CSJN, Fallos: 328:2870). En el caso de marras, L. C. P. y M. Joaquín López han dado cuenta fidedigna de su compromiso y responsabilidad, en un actuar lleno de empatía y solidaridad, en este atinado, gradual pero efectivo y cercano acompañamiento brindado a S. P. L., demostrando un verdadero esmero, amor y compromiso, poniendo de resalto así que los lazos afectivos no solo nacen del parentesco, sino que surgen, se conforman, se construyen y retroalimentan entre gente que se elige para ser familia.

El concepto amplio de familia no se emparenta entonces solo con la procedencia sanguínea. Así, puede aseverarse que “...la verdad biológica no es un dato absoluto cuando se lo relaciona con el interés superior del niño” (CSJN, Fallos: 328:2870). Ello así, la tutela del interés superior de S. P. L., quien a la fecha cuenta con siete años, torna imprescindible mantenerla en esta familia conformada por L. C. P., M. Joaquín López y sus hijos N., de siete años, quien es además compañero de escuela de S. P. L. y E. G., de tres, brindándole así la posibilidad de seguir desarrollándose en un ámbito estable, que asegure su crecimiento integral, el ejercicio pleno de sus derechos y la posibilidad de una vida digna. Por último, merece ponerse de resalto el compromiso del matrimonio peticionante para fa-

cilitar el contacto de S. P. L. con su único tío y primos; lo que claramente importa un respeto a la identidad e historia vital de la niña.

5) En función de lo expuesto, constancias de autos y en consonancia con lo dictaminado por la Sra. Representante Complementaria entiendo que corresponde hacer lugar a la pretensión deducida por los Sres. L. C. P. y M. Joaquín López y designarlos, en consecuencia, tutores legales de la niña S. P. L.

Por todo lo expuesto, lo dispuesto por los arts. 101, 104, 105, 107, 112 y 113 correlativos y concordantes del Cód. Civ. y Comercial, art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3 de la Ley N° 26.061 y lo dictaminado por la Sra. Asesora de Familia interviniente; resuelvo: 1) Designar como tutores de la niña S. P. L., DNI ..., hija de la Sra. A. E. L., DNI ... (fallecida) sin filiación paterna reconocida, nacida en la ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, el día veintiséis de octubre del año dos mil trece, e inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta ciudad de Córdoba con fecha veintisiete de noviembre de dos mil trece, según Acta N° ..., Tomo ..., Serie ..., año ...; a los Sres. L. C. P., DNI ... y M. Joaquín López, DNI ... quienes deberán aceptar el cargo con las formalidades y obligaciones de ley, debiendo, asimismo, dar cuenta de su gestión oportunamente. Protocolícese, hágase saber y dése copia. — *Mónica S. Parrello.*

SUCESIÓN

Persona fallecida en el extranjero. Bienes en la República Argentina. Cónyuge supérstite. Protección de la legítima. Declaratoria de herederos.

1. — No puede desconocerse la porción legítima que la ley argentina reconoce a la cónyuge supérstite, en tanto heredera forzosa —conforme los arts. 2444, 2445 y cc. Cód. Civ. y Com.—; porción que no ha sido contemplada en el testamento, no obstante la limitación impuesta por el art. 2462 del Cód. Civ. y Com. Es inobjetable, por tanto, en el marco del presente sucesorio, la declaratoria de herederos dictada a su respecto, por la cual se reconoció su investidura según lo contemplado por el art. 2337, Cód. Civ. y Com., que no dependía del trámite de aprobación del testamento y cuya existencia no permite prescindir de aquel acto, de acuerdo con la ley argentina aplicable al caso.
2. — La legítima es el derecho que gozan ciertos herederos sobre una determinada cuota de la herencia que garantiza la ley frente a las li-

beralidades que por actos entre vivos o por testamento, hubiese efectuado el causante. De modo que la libertad de testar se encuentra restringida también a una cuota, llamada porción disponible, que el testador no puede exceder.

CNCiv., sala G, 27/09/2021. - L. M., G. T. s/ sucesión ab intestato.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/147729/2021]

Expte. n° CIV 011412/2017/CA001

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2021.

Considerando:

I.- Vienen los autos a conocimiento de la sala con motivo de la apelación subsidiaria interpuesta a fs. 152/155, contra la declaratoria de herederos dictada a fs. 151 a favor de la cónyuge supérstite del causante, que fue mantenida al desestimar la reposición en los términos de la resolución digital de fs.207.

El recurso quedó sustanciado en primera instancia con la contestación de la revocatoria a fs. 169/170 (art. 248 CPCC). La cuestión se integra con el dictamen que antecede del Fiscal de Cámara, que propicia confirmar la decisión.

II.- De las constancias del proceso sucesorio (a la vista para este acto) se desprende que ha sido iniciado, mediante apoderado, por la Sra. J. M. M. M. en su carácter de cónyuge supérstite del Sr. G. T. L. M., fallecido el 2 de enero de 2017 en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, donde estaba ubicado su último domicilio. Denuncia la existencia de un bien inmueble en esta ciudad (cf. fs. 4/5, 6/4 y 12/13).

Con posterioridad, esta parte acompañó el testamento por acto público otorgado el 27 de julio de 2015 en la ciudad de Montevideo (ROU), por el cual el causante, de estado civil casado con la nombrada peticionaria del trámite, instituyó como única y universal heredera a la Sra. C. L. M. A. y estableció un legado a favor de la Sociedad San Vicente de Paul de la República Argentina, con destino al “Hogar Petronila Molina de Salguero” de la localidad de Capilla del Señor, Partido de Exaltación de la Cruz de la Provincia de Buenos Aires, consistente en la entrega del resultado de la venta de una serie de inmuebles ubicados en Montevideo y dos situados en esta ciudad de Buenos Aires. Designó albacea testamentario al escribano M. R. F. M. (cf. fs. 19/28).

De dicha presentación surge asimismo la existencia del proceso sucesorio abierto en la ciudad de Monte-

video, en el cual se declaró única y universal heredera a quién el causante instituyó mediante el acto de última voluntad antes referido (cf. certificación de fs. 23 y 24).

Luego, mediante trámite separado, la heredera instituida y el albacea promovieron en esta jurisdicción la sucesión testamentaria (cf. fs. 43/120), produciéndose la acumulación de ambos sucesorios, donde –después del trámite de rigor– se dictó declaratoria a favor de la cónyuge supérstite que fue cuestionada por aquella, mediante recurso de revocatoria con el de apelación en subsidio.

III.- La heredera instituida mediante testamento otorgado en el extranjero desconoce vocación hereditaria a la cónyuge supérstite, en razón del régimen legal particular que regía entre los esposos de acuerdo con la ley uruguaya, que excluía la posibilidad de reclamar derechos hereditarios.

Sostiene que corresponde aplicar la ley del Estado donde se celebró el matrimonio, que es además la del último domicilio del causante; y dado que en el país vecino aquella no reviste el carácter de heredera legítima, se debe dejar sin efecto la declaratoria dictada a su respecto y aprobarse el testamento.

En el caso corresponde tener en cuenta que el “de cuius” era de nacionalidad argentina pero tenía domicilio en la ciudad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay, lugar de celebración y residencia del matrimonio, y en donde también falleció (el 2 de enero de 2017). Entre los bienes existentes al momento de su deceso poseía inmuebles en nuestro país.

El Título IV, del Libro sexto del Código Civil y Comercial contiene normas de Derecho Internacional Privado y está destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales.

Es así que de acuerdo con las reglas establecidas por el art. 2594 y ss. CCC, para decidir la cuestión planteada corresponde acudir a las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, ratificado por Decreto Ley 7771 del 27 de abril de 1956, como bien se señala en el dictamen fiscal.

En materia de sucesiones (Título XII) dicha convención establece que “La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte..., rige la forma del testamento...” (art. 44); la capacidad del heredero o legatario para suceder, la validez y efectos

del testamento, los títulos y derechos hereditarios, la existencia y proporción de las legítimas, la existencia y monto de los bienes disponibles y, en suma “todo lo relativo a la sucesión legítima y testamentaria” (art. 45, incs. a al f).

La solución se compadece además con la previsión del art. 2644 CCC en cuanto si bien prevé, como regla, que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, deja a salvo que respecto de “los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino”.

Vale decir que, tal como lo ponderó la anterior juzgadora, en la especie no puede desconocerse la porción legítima que la ley argentina reconoce a la cónyuge supérstite, en tanto heredera forzosa (cf. arts. 2444, 2445 y cc. CCC); porción que no ha sido contemplada en el testamento, no obstante la limitación impuesta por el art. 2462 del Código Civil y Comercial.

Es inobjetable, por tanto, en el marco del presente sucesorio, la declaratoria de herederos dictada a su respecto, por la cual se reconoció su investidura (cf. art. 2337 CCC), que no dependía del trámite de aprobación del testamento y cuya existencia no permite prescindir de aquel acto, de acuerdo con la ley argentina aplicable al caso.

Cabe recordar que se ha definido a la legítima como el derecho que gozan ciertos herederos sobre una determinada cuota de la herencia que garantiza la ley frente a las liberalidades que por actos entre vivos o por testamento, hubiese efectuado el causante. De modo que la libertad de testar, se encuentra restringida también a una cuota, llamada porción disponible, que el testador no puede exceder (cf. Zannoni, “Derecho de las sucesiones”, t. II, ap. 940, pág. 186).

Es así que en el supuesto de autos coexisten el trámite de la sucesión “ab intestato”, en cuyo ámbito se ha presentado la cónyuge supérstite como única persona llamada por la ley y solo requería la acreditación del vínculo para dictar declaratoria, previo cumplimiento del trámite previsto en el ordenamiento procesal (arts. 699 y ss. CPCC); con la testamentaria promovida por la heredera instituida mediante acto de última voluntad y el albacea designado.

Con independencia de las convenciones matrimoniales que la magistrada de grado consideró válidas y esto la llevó a calificar como propio el inmueble al cual la cónyuge supérstite construyó el ejercicio de su derecho, sin recurso de las partes interesadas, no cabe más que concluir que la declaratoria de herederos cuestionada, debe ser confirmada.

Sin que, por lo demás, se encuentren debidamente acreditados en este limitado marco, los supuestos de indignidad y de exclusión a los que hizo alusión la recurrente (arts. 2437 y 2281, inc. h, “in fine” CCC).

IV.- En cuanto a las costas, dada la solución confirmatoria que se impone, rige la decisión adoptada por la a quo que, al desestimar la reposición, las impuso por su orden, sin agravio de las partes.

Es que cuando se interpone recurso de revocatoria con el de apelación en subsidio, la actuación de la parte y del profesional que la asiste es una sola, circunstancia que no se altera por la intervención de dos instancias judiciales. De ahí que no corresponde la imposición de costas en ambas instancias, pues ello importaría la generación de distintas regulaciones de honorarios para remunerar la misma tarea profesional (cf. CNCiv., Sala “C”, r. 299.318 del 26/12/00; esta sala, r. 28882/2012, del 30/06/2014).

Por lo expuesto, de conformidad con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, Resuelve: Confirmar la declaratoria de herederos dictada a fs. 151 a favor de la cónyuge supérstite del causante, mantenida a fs. 207 del registro digital, en lo que ha sido materia de agravios. Sin expresa imposición de costas de alza-da. Regístrese, notifíquese por secretaría al Fiscal de Cámara y a las partes interesadas en sus domicilios electrónicos (Dres. Torreira, Bignone y Obligado), publíquese (Ac. 24/13 CSJN) y devuélvanse mediante la remisión física del expediente a su juzgado de origen. — *Carlos A. Bellucci.* — *Carlos A. Carranza Casares.* — *Gastón M. Polo Olivera.*

ALIENACIÓN PARENTAL

Adolescente que manifiesta el rechazo a vincularse con su padre. Ausencia de pensamiento autónomo. Manipulación del hijo realizada por la madre. Cuadro de “implante de memoria”. Revinculación paterno-filial.

1. — Se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual utiliza diversas estrategias con distinto alcance.

2. — El hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida.

3. — La buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.

4. — La pretensión de que el niño pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolución en crisis, en la que se dispone para el menor un tratamiento psicológico con un profesional y que, cuando este lo indique, se dé inicio a la revinculación con su padre.

CNCiv., sala J, 01/12/2021. - E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ tenencia de hijos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/188609/2021]

57426/2011

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 1 de 2021.

Considerando:

I. Por contestado el traslado.

Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces el día 29 de junio de 2021, que fue incorporada al sistema informático con fecha 10 de agosto del mismo año, contra la resolución judicial dictada el 28 de junio de 2021.

Dicho pronunciamiento no efectiviza el apercibimiento decretado relativo al otorgamiento del cuidado personal de R. E. a su padre y dispone, a efectos de la revinculación paterno filial, las siguientes medidas: a) La incorporación de R. E. dentro del plazo de 30 días a una prepagada u obra social distinta de Cobermed y que en su cartilla contemple tratamientos psicológicos para adolescentes y familias, que los profesionales se encuentren facultados para brindar informes trimestrales al Juzgado, y que la misma sea abonada por el progenitor; b) Una vez designado el profesional, ante la conformidad prestada en autos oportunamente por el joven, deberá R. E. concurrir

al tratamiento. Asimismo, establece que una vez que el terapeuta lo indique, comenzará, en su caso, la re-vinculación solicitada por el Sr. E. por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso. Por último, instituye que en caso de incumplimiento, se impondrá al incumplidor una sanción pecuniaria en los términos del art. 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara funda su recurso mediante la presentación del día 18 de noviembre, que fue incorporada al día siguiente al sistema de gestión judicial. Destaca que en el presente caso se ponen en juego tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño: la prevalencia del superior interés del niño, el respeto de su capacidad progresiva y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Resalta la negativa expresada por R., de 16 años de edad en la actualidad, a retomar el vínculo con su progenitor en la audiencia del 25 de noviembre de 2020. Asimismo, subraya el informe del Lic. Bertorello en el sentido que no se observan motivos clínicos ni psicopatológicos para no tener en cuenta lo expresado por el adolescente como así también ciertos pasajes del realizado por las Lic. Berkel y Zanuso.

Concluye que en la actualidad resultaría iatrogénico forzar un vínculo que no se desea, resultando conveniente que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor.

II. En primer lugar, cabe recordar que el artículo 652 del Cód. Civ. y Comercial consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos. Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646 Cód. Civ. y Comercial) que corresponden a los padres.

Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aun cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna (conf. CNCiv., Sala J, "A., C. R. c. Z., D. B. s/ régimen de comunicación", 11/06/2021).

Ello, siempre teniendo en miras el interés superior del niño. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la

Nación se ha pronunciado en el sentido que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito. La regla así establecida en la norma mencionada que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otra consideración tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen las controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres (Fallos: 330-642).

Asimismo, el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño destaca que en todas aquellas medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, será una consideración primordial que se atenderá el interés superior del niño.

Recuérdese que cuando existe conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. El Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta en forma expresa este paradigma disponiendo en su art. 706 que "la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".

A tal efecto, se instituye el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten en el art. 12 de la Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país según ley 23.849.

Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

En consonancia con lo expuesto precedentemente, el art. 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que: "Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a

ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” como así también en el art. 639, inciso c, de dicho cuerpo legal en lo referido a la responsabilidad parental.

Lo dispuesto por las normas antes citadas debe entenderse en conjunto con la consideración de la autonomía progresiva y el respeto de las opiniones del niño contenidas en la CDN (arts. 5° y 12), enfatizando el derecho del niño a ser oído y las garantías mínimas del procedimiento (arts. 2°; 19, inc. c; 24 y 27, de la ley 26.061 y 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

III. En la especie, el menor efectivamente expresó en la audiencia celebrada en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño que su deseo es no tener vinculación con su padre.

Entonces, si bien la opinión de aquel es sumamente relevante, es obligatorio analizarla de conformidad con lo dispuesto por la normativa señalada, es decir, considerando su madurez, discernimiento y autonomía con respecto a la cuestión en estudio.

En ese sentido, cobra relevancia el informe presentado por las Licenciadas Bikel y Zanuso con fecha 21 de mayo de 2021, que fue incorporada al sistema informático el 26 de dicho mes y año. Concluyen que “la manipulación a la cual R. está atado por su madre, lo deja sin posibilidades de autonomía y de pensamiento autónomo. Su situación de dependencia hace que lo que verbalice no sea realmente auténtico. El temor psíquico del abandono de su madre hace que frecuentemente exprese sus ideas con el objetivo de identificarse y agraciarse con ella”.

Agregan que “R. se encuentra atrapado en un gravísimo conflicto entre sus padres, que se ha perpetuado en el tiempo, siendo el niño el rehén de la disputa. La madre, aludiendo a viejas situaciones de violencia entre ellos, ejerce todo tipo de maniobras para impedir el contacto entre R. y su padre, manipulando a su hijo”.

Resaltan que “al momento de la consulta no existe ningún obstáculo psicológico para que la revinculación se concrete. En el transcurso de las entrevistas el padre ha mostrado un deseo genuino de conectarse con su hijo. Asimismo no se ha evidenciado de su parte, ningún tipo de conductas violentas ni descontrol de los impulsos. Esto se ha observado tanto en las entrevistas individuales como en las que hemos tenido con la madre, el padre y el niño”.

Señalan que “este niño necesita ser leal a los mandatos de su madre y, por lo tanto, se niega a ver al padre, “copiando” argumentos que no son propios”. Su-

brayan que cuando lograron un diálogo entre padre e hijo, “ella no lo tolera y lo interrumpe con violencia. R. termina acatando las órdenes de su madre, a pesar de lo cual, al irse, saluda al padre con un beso”.

Informan que “R. queda aferrado en el vínculo patológico con su madre, presentando un cuadro de “implante de memoria”. Explican que se refieren “a recuerdos de supuestos eventos que son creados de manera voluntaria por alguien que no es la persona que los evoca. R, como todos los adolescentes, presenta un psiquismo en formación y esta situación especial con su madre lo coloca en una posición de vulnerabilidad y de dependencia extrema y por lo tanto no puede oponerse a las veladas órdenes de su madre”.

Indican que “esta situación especial hace que no pueda ser tomada en cuenta como válida su negativa a querer ver al padre, ya que está colonizado por las ideas y actitudes de su madre y no le permite tener un pensamiento autónomo y propio”.

Por último, recomiendan enfáticamente “que es imperioso que pueda recobrar el vínculo con su padre, lo que deberá llevarse a cabo en entrevistas terapéuticas protegidas para R, de modo que pueda ir recobrando su autonomía e ir reparando el daño psicológico del que ha sido objeto”.

VI. Al respecto, cabe recordar que se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance.

Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor (conf. Mizrahi, Mauricio L. “La alienación parental en las relaciones parento-filiales”, LA LEY, 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LA LEY AR/DOC/3262/2021), extremos que, a partir del informe reseñado, se presentan en la especie.

Consecuentemente, estimamos prudente que en el presente caso la opinión del menor, esencial por cierto, no debe resultar prevalente en función del informe citado y de lo expuesto precedentemente. Es que oír a los niños no importa aceptar incondicionalmente

sus deseos (cf. Kemelmajer de Carlucci, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, N° 7, p. 177). Como lo ha señalado la Corte de Casación Francesa (Cass 2 civ, 25 mai 1993, Bull. Civ. II, N° 185; Bosse-Platière, 1996), el hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (cf. CNCiv., Sala G, L. 534.012 del 10/03/2010, entre otros).

En este sentido, el máximo Tribunal ha expresado que hace al interés superior del niño el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (cf. Fallos: 318:1269). Y no obstante el referido derecho a ser escuchados, como también a tener en cuenta sus opiniones, es indudable que la opinión del niño, niña o adolescente no es vinculante para el juez, aunque las aspiraciones de aquellos no tienen que ser desmerecidas pero tampoco sobrevaloradas (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, ed. Astrea 2015, ap. 12 a 17 y 146, ps. 56/69 y 390/391).

Obviamente, la voluntad expresada por el joven menor de edad, aunque posea grado de madurez suficiente, debe ser evaluada y tenida en cuenta por el juez en la medida en que no resulte perjudicial para su propio interés que es el que cabe resguardar y hacer prevalecer, al margen del derecho invocado por los mayores. Asimismo, considerando aquel y la reseñada importancia del vínculo paterno filial para la mejor formación del menor, la solución adoptada aparece como razonable y la que mejor preserva efectivamente el interés superior del joven (conf. Sala “G, A., J. J. c. C., D. S. s/ cuidado personal de los hijos”, del 25/04/2019).

Nótese que no puede válidamente sostenerse que esta interpretación desestima el discurso de los niños y que ello es violatorio de sus derechos. Esta articulación tiene su origen en la buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.

Dicha interpretación, además, fue la realizada por parte del Comité de los Derechos de Niño, que es un intérprete indiscutible de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obsérvese que en la Observación General N° 12, del recién referido Comité, este ha sostenido que “El niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar

sus opiniones sin presión...”; “significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas” (párrafo 22) (conf. Mizrahi, Poder Judicial de la Nación Cámara Civil - Sala J Mauricio L., op. cit., LA LEY, 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LA LEY AR/DOC/3262/2021).

En función de todo lo expuesto, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la pretensión de que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolución en crisis, en la que se dispone que el menor comience un tratamiento psicológico con un profesional y que cuando este lo indique, se comenzará la revinculación con su padre por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso.

En virtud de ello, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución recurrida, con costas en el orden causado atento lo dispuesto por el art. 14 in fine de la Ley de Ministerio N° 24.946. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 15/13, art. 4°, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Sclarici. — Maximiliano L. Caia.*

FAMILIA

Información sumaria iniciada para el reconocimiento de una relación poliamorosa. Ausencia de prueba de la continuidad de la convivencia entre tres personas.

1. — Si bien existe inclinación por el reconocimiento de todas las formas de familia, en la causa no se encuentra acreditado, en el grado de convicción suficiente, un vínculo poliamoroso. El solicitante pretendió, primero, el reconocimiento de una relación monógama, y luego buscó que se reconociera una unión poliamorosa (trieja). La información sumaria no puede prosperar [1].
2. — Las informaciones sumarias se producen al efecto de la constatación de un hecho que interesa a quien lo solicita y la jurisdicción debe limitarse a constatar la existencia o no de ese

hecho, siendo independiente de la finalidad perseguida por la peticionante, lo que será considerado por la institución respectiva.

JCiv. de Personas y Familia 2da Nom., Orán, 18/11/2021. - López, Joaquín s/ información sumaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/183557/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Corte IDH. Atala Riffo c. Chile. Serie C 239. TR LALEY AR/JUR/13845/2012

Expte. N° 17516/21

Los nombres de las personas han sido modificados para mantener su anonimato y privacidad.

1ª Instancia.- San Ramón de la Nueva Orán, noviembre 18 de 2021.

Resulta:

Que, en fecha 11 de Mayo de 2021, bajo Expediente N° 17.171, se presenta el Sr. Joaquín López, con el patrocinio letrado de la Dra. Silvia Lucrecia Cruz e inicia proceso de información sumaria, tendiente a acreditar la convivencia continuada e ininterrumpida desde 1983 con el Sr. Marcos González, quien falleciera en fecha 25 de Noviembre de 2020.

En dicha causa, la Suscripta dictó la sentencia que aprueba la información en fecha 12 de agosto de 2021. Las bases que sustentaron el decisorio estuvieron dadas por la existencia de escritura pública de compraventa de inmueble a nombre de los Sres. López y González; los resultados del informe ambiental practicado en el domicilio denunciado y las testimoniales coincidentes en afirmar que la relación sentimental se extendió por más de 34 años y que fue precisamente el Sr. López quien cuidó del Sr. González hasta su fallecimiento.

Una vez emitido el decisorio, el que se encuentra firme y consentido, el Sr. Joaquín López se presenta en fecha 06 de septiembre de 2021 e inicia una nueva Información Sumaria tendiente a acreditar la convivencia continuada, ininterrumpida con el Sr. Daniel Pérez.

Afirma que formó pareja con Marcos González en 1983, comenzando en tal época la convivencia. Más adelante, en el año 2005, expresa que decidieron incorporar al Sr. Daniel Pérez, formando una unión poliamorosa.

Relata que, junto a los Sres. González y Pérez criaron a sus sobrinos que estaban a su cargo y hoy son mayores de edad. Ellos son: ... y ...

Afirma que la relación que los unía era afectiva, propia de una pareja, no era de carácter abierta, se debían fidelidad. Define a la relación como honesta, de respeto mutuo y comunicación.

Señala que la relación poliamorosa conformada con los Sres. González y Pérez era conocida en el ámbito íntimo y ampliado, en lo social, en lo familiar, en el trabajo. Luego del fallecimiento de Sr. González, ocurrido en fecha 25/11/2020, con Marcos González, proyectaban casarse en septiembre de este año, esperando que pasara un poco el duelo que estaban transitando por el conviviente fallecido. Pero lo planeado no pudo concretarse, por la muerte del Sr. Pérez el 19/07/2021.

Cuenta que, asistió a sus convivientes desde el primer día de convivencia, hasta el fallecimiento de cada uno de ellos, haciéndose cargo del sepelio y adquisición de parcela en el cementerio.

Considera que le corresponde la pensión derivada con respecto al Sr. Daniel Pérez.

Con respecto a la primera información sumaria que acreditó convivencia con el Sr. Marcos González, afirma que no declaró la relación poliamorosa que mantuvieron con el Sr. Daniel Pérez, temiendo ser discriminado o que se silencie la figura de la unión convivencial poliamorosa. Cree que la sociedad no se encontraba preparada para aceptar una unión convivencial materializada en tres personas.

Destaca que nunca imaginó perder en menos de un año, a sus dos parejas; que había planeado casarse con Pérez.

Plantea la inconstitucionalidad del artículo 509 del Cód. Civ. y Comercial relativo al número cerrado de dos convivientes, siendo que su relación de convivencia fue formada por tres personas. Solicita se interprete el artículo 509 a la luz de los artículos 1° y 2° del mismo cuerpo normativo. Cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional Colombiano.

Acompaña a la presentación: copia de acta de defunción del Sr. Pérez y copia de DNI del Sr. Pérez.

Se encuentran incorporadas las testimoniales de la Sra. ..., Sra. ..., Sr. ..., Sra. ... y Sra. ...

Luego, el Sr. Joaquín López, acompaña documentación: certificado estadístico de defunción, recibos de sueldo, autorización de ingreso al lugar de trabajo, autorización de circulación, título de automotor,

tickets varios de La Caja de Seguros, facturas varias, préstamo prendario.

A fs. 52, obra acta de audiencia celebrada con el Sr. Joaquín López ante la Suscripta.

A fs. 54/56, acompaña fotografías de Joaquín López junto a Pérez y González.

A fs. 58/61, se incorpora informe ambiental.

La Sra. Fiscal Civil, Comercial y del Trabajo, Dra. Marcela de los Ángeles Fernández, emite dictamen negativo. Valora que los testigos no han expresado con claridad la existencia y convivencia de las tres personas que se mencionan en la demanda, habiendo incurrido en contradicciones en relación a las expresiones vertidas en el expediente conexo. Del informe ambiental, si bien los vecinos reconocieron la convivencia, estima que no especificaron un tiempo certero y que se contradice con el informe agregado en la primera información sumaria. Dice que, no deja de ser, en lo sustancial, una declaración unilateral del propio interesado. De la audiencia realizada con el Sr. López, subraya que en el primer expediente no se lo nombró al Sr. Pérez porque este nunca estuvo de acuerdo con iniciar el juicio, que solo el (Joaquín López) estaba interesado en el juicio y le dijo que lo inicie el solo.

Asimismo, la representante del Ministerio Fiscal recuerda que, como todo proceso voluntario, al no contar con el control de parte contraria, la ponderación del valor probatorio debe ser más riguroso, por lo que, de la prueba colectada, no surge el vínculo entre Joaquín López y Daniel Pérez, con lo que la acción no podría prosperar.

A fs. 67, se presenta el Sr. Joaquín López y acompaña prueba documental obrante en su poder: copias de resumen de Tarjeta Naranja a nombre Pérez, copia de afiliación a Obra Social, recibos del Colegio ..., factura de cable, pagos de cuotas correspondiente a un rodado, constancia de sepelio del Sr. Pérez, certificado del cementerio y constancia de trámite ante Tarjeta Naranja.

A fs. 96, la Suscripta, aún advirtiendo que la documental agregada es extemporánea, se ordena su incorporación, atento a la flexibilidad probatoria en materia de familia (artículo 709 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Se ordena remisión al Ministerio Fiscal, con la nueva prueba documental acompañada.

La Sra. Fiscal Civil mantiene el criterio, determinando que los documentos incorporados no logran acreditar la relación de convivencia continuada e ininterrumpida relatada en el escrito inicial de demanda,

por lo que no son suficientes a los fines peticionados, existiendo contradicciones en los domicilios denunciados y resultando ser manifestaciones unilaterales.

Puestos los autos a despacho para el dictado de sentencia, el proveído adquirió firmeza.

Considerando:

a) De las informaciones sumarias: Que las informaciones sumarias se producen al efecto de la constatación de un hecho que interesa a quien lo solicita y la jurisdicción debe limitarse a constatar la existencia o no de ese hecho, siendo independiente de la finalidad perseguida por la peticionante, lo que será considerado por la Institución respectiva.

En este sentido, la información sumaria se circunscribe al ámbito de lo que se ha dado llamar procesos de jurisdicción voluntaria, en los que la función judicial —ante asuntos de índole “no contenciosa”, que suponen la inexistencia de un conflicto— se limita a verificar un supuesto de hecho e integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas y que, a los fines que aquí interesa, importa un acto de constatación respecto de la existencia de un extremo fáctico determinado, no mediando controversia alguna a resolver sino la verificación de ese estado, concluyendo allí toda actuación (López Mesa, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, T. III, p. 697, LA LEY, 2014).

b) De los vínculos poliamorosos: Como ya este Juzgado se expresó oportunamente, el carácter plural de las familias fue afirmado en el caso Atala Riffo contra Chile, del 24/02/2012, donde la Corte Interamericana dejó en claro que la Convención Americana no tiene un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma.

Asimismo, es criterio de la Suscripta que, “para que la familia entre en crisis en el mejor de los sentidos, (como apertura ideológica respetuosa de las múltiples maneras de vivir, construir y habitar las comunidades denominadas familias) en nuestra sociedad no tendría que haber desigualdades de género, etnia, clase, orientación sexual, nacionalidad y edad. (...) Resulta indispensable y urgente subvertir nuestra realidad cotidiana”.

En distintos fallos se pretendió contribuir a la conformación de un derecho de las familias verdaderamente plural e inclusivo, en el reconocimiento de las diversidades.

En materia adoptiva, este Juzgado promovió la adopción de un niño por parte de un matrimonio igualitario; reconoció la presunción de filiación deri-

vada del matrimonio en matrimonio conformado por dos mujeres casadas y reconoció una triple filiación.

Es que las distintas formas de configuración familiar tienen reconocimiento y protección convencional, encontrándose los Magistrados impedidos de silenciar y limitar sus derechos, con la consiguiente posibilidad de que el Estado argentino sea declarado responsable internacional por violación a los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El poliamor es un neologismo donde más de dos personas mantienen relaciones amorosas y/o sexuales, de manera simultánea, pero donde todos los involucrados se conocen. Son relaciones abiertas públicamente. Todos aceptan este tipo de relación (1).

“El modelo poliamoroso cuestiona el amor monógamo y lo que resulta de la exclusividad vincular: celos, posesión, traiciones, infidelidades, y, sobre todo, el imperativo religioso de que el amor debe ser “para toda la vida”. Para el poliamor los vínculos son flexibles y el único regente de los mismos es el deseo amoroso de estar con otros. La libertad que deviene en sentimiento de bienestar, despojadas de las reglas del control y exigencia” (2).

Sin dudas, que en el lógico devenir de los fallos dictados por este Tribunal, la Suscripta se inclina por el reconocimiento de todos los tipos de familia, incluso respecto de los vínculos basados en relaciones poliamorosas.

Es que una mirada de derechos humanos, con fuerte apego a los Tratados Internacionales y efectuado un control de convencionalidad, resultaría posible arribar al reconocimiento de este tipo de familias.

Ahora bien, debemos analizar si en el caso concreto se encuentra acreditado tal extremo.

c) El caso colombiano: Alejandro Rodríguez, Manuel José Bermúdez y Álex Zabala Luján vivían juntos desde hacía casi una década hasta la muerte del último a causa de una enfermedad terminal. La justicia colombiana falló a favor de la unión poliamorosa. La sentencia reconoce el derecho de los dos hombres a cobrar por partes iguales, la pensión de su tercera pareja. El fondo de pensiones les había negado el derecho y tuvieron que recurrir a la vía judicial. En 2017, la Juez Séptima Laboral del Circuito de Medellín les concedió el derecho. La decisión fue luego confirmada por la Alzada.

La Constitución Política de Colombia valora la diversidad y pluralidad dentro de una comprensión de la sociedad que reconoce la realidad homosexual,

“llevando a la apertura o admisión de nuevas “opciones” y el reconocimiento de necesidades y carencias, señalando que ese Tribunal Constitucional ha comprobado la existencia de prácticas discriminatorias y la desprotección o “déficit” de protección de las parejas homosexuales en múltiples ámbitos jurídicos” (3).

La sentencia estableció que la unión entre Manuel, John y Alex fue una relación poliamorosa que tuvo por acreditados los componentes de permanencia y comunidad, supone el acoplamiento de una identidad como familia que se sustenta en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, y en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de esa familia y en el logro de su felicidad, lo que puede ser claramente experimentado por los miembros de una relación poliamorosa, cualquiera que sea el género de sus integrantes. Su realidad constituye una modalidad de familia constitucionalmente protegida, titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad, y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (4).

d) Principio de adquisición procesal o comunidad de la prueba: La adquisición o comunidad de la prueba, conlleva a que la prueba aportada debidamente al proceso puede beneficiar a cualquiera de las partes, por lo que es irrelevante quien la aportó. No se admite la renuncia o desistimiento de la prueba ya practicada.

Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, el juez debe considerarlos en conjunto, sin hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de comunidad o adquisición.

La prueba aportada al proceso por cualquiera de las partes, es parte del proceso.

Cuando hablamos del principio de adquisición o comunidad de la prueba siempre se hace referencia a las producidas dentro del mismo proceso.

Aquí tenemos dos informaciones sumarias que pretenden acreditar dos supuestos de hechos distintos. El primero basado en una relación monógama y la segunda causa busca acreditar que en realidad se trataba de una trijea, es decir una relación poliamorosa.

En el presente, contando con dos causas íntimamente relacionadas entre sí, entiendo que resulta de aplicación este principio de adquisición de la prueba.

Por lo que la valoración final se realizará en conjunto de todas las aportadas en ambos procesos.

e) Solución del caso: Si bien la Suscripta se inclina por el reconocimiento de todas las formas de familia, en la presente causa, no se encuentra acreditado, en el grado de convicción suficiente, que estemos ante un vínculo poliamoroso. En efecto, tal como refiere la señora Fiscal Civil, con la prueba apostada no se encuentran acreditados los extremos referidos para que la información sumaria pueda prosperar.

Tal como se desarrolló, por el principio de adquisición procesal los informes ambientales incorporados en ambas causas deben ser valorados en forma conjunta. No es posible desconocer que en la primera información sumaria tramitada bajo Expediente N° 17.171/21 se tuvo por acreditada una convivencia monógama, con sentencia dictada el 12/08/2021. Es en fecha 06 de septiembre de 2021, es decir que no había pasado siquiera un mes, donde los presupuestos de hecho que se tuvieron por ciertos en la primera información sumaria se intentan hacer caer mediante la producción de los mismos medios de prueba. La doctrina de los actos propios, conocida en latín bajo la fórmula *non venire contra factum proprium* (o también *venire contra factum non potest*), proclama el principio general de derecho que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad. En este caso, los informes ambientales de ambas causas fueron realizados en el mismo año y respecto a los mismos períodos de tiempo. Nada se dijo en la primera información sumaria respecto a la posibilidad de una tercera persona en la relación.

Es diferente del caso de Colombia, puesto que los actores eran dos y buscaban la pensión por mitades, siendo que, en este caso se trata de una sola persona que pretende el reconocimiento primero de una relación monógama, que luego busca se reconozca la unión poliamorosa.

Tal como refiere la señora Fiscal Civil, debemos ser muy cautelosos en los procesos voluntarios de informaciones sumarias, por cuanto se trata de un proceso no contencioso, donde los hechos son afirmados unilateralmente y por prueba aportada por las partes. De todos los medios de prueba, resulta fundamental el informe ambiental. Entiendo que debe primar el informe efectuado en la primera causa, que da cuenta de la convivencia de los Sres. Marcos González y Joaquín López.

Las testimoniales ofrecidas, además de haber contrariado lo manifestado en el primer proceso, por no haber hecho referencia a la unión poliamorosa, no presentan claridad en sus exposiciones, por cuanto hacen referencia a que los veían a los tres juntos, no

presentan certeza en cuanto a los tiempos, con lo que se verifica una franca contradicción con la primera causa.

Respecto al informe ambiental, también comparo con la señora Fiscal que se tratan de expresiones unilaterales del propio interesado en la acreditación. Asimismo, el Sr. Pérez, según las propias versiones del Sr. Joaquín López nunca habría consentido el inicio de la primera información sumaria, por lo que mal puede la Suscripta, desconocer la contundencia de la declaración contraria al reconocimiento de la unión poliamorosa.

Sobre la documental incorporada me remito al segundo dictamen de fs. 97, por cuanto las direcciones de los involucrados son diferentes y la documental acompañada no resulta objetiva, toda vez que existen elementos que importan una declaración unilateral del Sr. López, como ser la nota de fs. 93.

A ello, debe sumársele la imposibilidad del dictado de una sentencia en manifiesta contradicción con otro decisorio entre las mismas partes y con el mismo objeto, sin articular el resorte recursivo que corresponde para la anulación de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sea este material o formal: que es la acción autónoma de nulidad de sentencia.

Sin la interposición de este tipo de recursos que ataque la sentencia dictada no puede válidamente dictarse un decisorio que desconozca abiertamente lo decidido en la causa primigenia.

Por todo el expuesto, resuelvo: I. No hacer lugar a la acción promovida por el Sr. Joaquín López, con el patrocinio letrado de la Dra. Silvia Lucrecia Cruz, MP N° ..., a fs. 06/08 de estos autos, por los fundamentos expuestos en el Considerando. II. Mandar se copie, se registre, se protocolice, se notifique personalmente o por cédula y a la Sra. Fiscal Civil, con remisión de autos a su público despacho. — Ana M. Carriquiry.

(1) Quaini, Fabiana Fecha: 03/05/2019 Cita: MJ-DOC-14953-AR | MJD14953, consultado en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/08/14/primer-fallo-de-poliamor-en-cuanto-al-reconocimiento-de-una-pension-en-colombia/>

(2) Walter Ghedin en https://www.clarin.com/entremujeres/pareja/poliamor-relacion-florencia-pena-mantiene-pareja_0_IETUMv8V7.html citado en Quaini, Fabiana Fecha: 03/05/2019 Cita: MJ-DOC-14953-AR | MJD14953

(3) Quaini, Fabiana (trabajo citado).

(4) Quaini, Fabiana (trabajo citado).

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN

Caducidad de la acción. Respeto del derecho a la identidad. Rechazo.

1. — A la fecha de interposición de la demanda ya había expirado el plazo bianual fijado por el plexo legal derogado —art. 263 del Código Civil—, a computarse desde el nacimiento del niño. Por ende, debe declararse operada la caducidad de la acción de este, en tanto no median excepciones que justifiquen la suspensión del plazo perentorio, y tampoco resulta posible aplicar analógicamente las normas que rigen la prescripción al supuesto en análisis.
2. — La naturaleza jurídica disímil que diferencia al instituto de la prescripción del de la caducidad impide su asimilación, debido a que las características del primero no encuentran correlato necesario en la esencia del segundo.
3. — La acción de impugnación del reconocimiento persigue destruir un vínculo filial que se ha establecido sin coincidir con el vínculo genético. La situación del reconociente carece de importancia para la procedencia de la acción, ya que lo relevante es que quien demanda lo haga afirmando que falta la relación de sangre entre las partes que aparecen ligadas por el vínculo jurídico.
4. — Las acciones de impugnación de reconocimiento de filiación fenecidas por caducidad no podrán resurgir bajo la nueva normativa, dado que sus consecuencias han sido extinguidas al amparo del ordenamiento derogado. Dicha solución restrictiva tiende a garantizar estabilidad en la conformación de las familias y en este caso, encuentra especial sentido en virtud de los derechos de importancia superlativa que se encuentran en juego, como lo son la identidad de las personas y la verdad de sus lazos de parentesco.
5. — La existencia de plazos de caducidad responde a la necesidad de brindar certeza y estabilidad a las relaciones filiales, para evitar que se deje indefinidamente abierta la posibilidad de impugnación de los estados de familia.
6. — La realidad biológica no es la única vertiente de la identidad que debe ser tenida en cuenta en el marco de acciones de impugnación. En contraposición, la faz dinámica de la identidad

puede primar en los conflictos filiales en que ésta entre en tensión con la estática, ya que esta premisa se compadece con la noción de identidad personal acuñada por tribunales internacionales.

7. — No se advierte que el rechazo de la demanda promovida por el menor necesariamente conduzca a una afectación de su interés superior o sus derechos convencionales en los términos planteados por el Sr. Defensor de Menores. Más aún si se pondera que el niño ha accedido a la verdad biológica de sus vínculos de parentesco a partir del estudio de ADN, que ha sido reconocido expresamente por todas las partes.
8. — La existencia de un plazo de caducidad no vulnera *per se* los derechos humanos, en tanto este instituto constituye una regulación orientada a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones familiares.

CNCiv., sala H, 08/11/2021. - S., G. V. y otro c. P., D. A. y otros s/ impugnación de reconocimiento de filiación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/176947/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Expte. 79.510/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 8 de 2021.

La doctora *Abreut de Begher* dijo:

I. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por F. P., por lo que admitió la impugnación del reconocimiento de F. P. como hijo de D. A. P., excluyó a este último del vínculo filiatorio y emplazó en su lugar a P. A. K. como progenitor biológico.

Para decidir de este modo, la magistrada rechazó el planteo de caducidad introducido en los términos del art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación con respecto a la acción promovida por F.; pero declaró operada la caducidad de la acción iniciada por la progenitora del niño, G. V. S.

Contra dicho pronunciamiento, se alzó F. P., quien en su expresión de agravios cuestionó el decisorio de grado. Sus fundamentos merecieron las réplicas de la parte actora, que fueron vertidas en su presentación del 30/06/2021.

Al mismo tiempo, los demandantes apelaron la sentencia. En su expresión de agravios, G. V. S. cuestionó que se hubiera declarado que su acción se encontraba caduca. Asimismo, junto a su hijo, solicitó que se modifique la imposición de costas, que la magistrada había establecido en el orden causado. Dichas quejas fueron contestadas por F. P. en su escrito del 30/06/2021.

P. A. K. también impugnó el decisorio en crisis. En su presentación del 14/06/2021, requirió que se admita el planteo de caducidad introducido con fundamento en el art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y que se rechace la demanda. Sus planteos fueron evacuados por la parte actora en su contestación del 30/06/2021.

Por su parte, el Sr. Defensor a cargo de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 3 asumió la representación de F. P. ante esta Alzada y en su dictamen del 02/09/2021, solicitó la confirmación del pronunciamiento de grado. En cambio, la Sra. Defensora de Cámara tomó intervención en defensa de los derechos de F. P. y petitionó en su escrito del 13/07/2021 que se desestimen los agravios postulados por los accionantes.

Por último, el Sr. Fiscal General requirió que se rechace la pretensión en su presentación del 05/10/2021.

II. Agravios

a.- F. P. manifestó que la demanda había sido interpuesta una vez vencido el intervalo temporal previsto en el art. 593 Cód. Civ. y Com. de la Nación, de modo que la acción estaba caduca a la fecha de inicio de este proceso. Indicó que la Juez había creado arbitrariamente una excepción en favor de sus hermanos menores que se encontraba desprovista de sustento legal, ya que dicha situación no se encontraba contemplada en la normativa legal. Expuso que si el legislador lo hubiera querido de este modo, lo habría reglado expresamente, en orden a lo cual la invocación del interés superior del niño no resultaba suficiente para modificar una disposición de derecho de fondo, cuya constitucionalidad no había sido planteada.

Por otro lado, afirmó que su enfermedad mental merecía un especial trato, defensa y atención, dado que toda su vida se había construido sobre la base de la familia formada con D. A. y F. P., a quienes consideraba su padre y hermano. Agregó que las personas con discapacidad requieren medidas especiales para poder ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás, eliminar todas las formas de discriminación contra ellas y propiciar su integración en sociedad. En tal orden de ideas, postuló que

la sentencia había pasado por alto que en paralelo al interés del actor, se encontraba su interés de igual o mayor jerarquía a preservar su salud mental y mantener su identidad, así como su grupo parental.

b.- Por su parte, G. V. S. y F. P. cuestionaron el decisorio en su presentación conjunta del 10/06/2021.

La primera se quejó de que se hubiera declarado la caducidad de su acción y manifestó que la a quo había basado su pronunciamiento en testimonios parcializados, que no habían sido analizados en su integridad.

En su expresión de agravios, la recurrente admitió que no se encontraba facultada para accionar al amparo de la regulación del Cód. Civil derogado, ya que su art. 263 solo habilitaba a los terceros a impugnar el reconocimiento en el lapso de dos años a computarse a partir del acto atacado. Reconoció también que en su caso, este intervalo temporal ya había fenecido, porque sabía que D. A. P. había reconocido a F. luego de contraer nupcias con Daniel Pérez B. El acto impugnado fue inscripto en el año 1992, como se desprende de la nota marginal asentada en la partida de nacimiento de F. aportada por la propia actora a fs. 6.

Aun así, la apelante argumentó que el art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación fijó un nuevo comienzo del plazo de caducidad, que se contabiliza desde que el tercero tiene conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien lo reconoció como tal. En esta inteligencia, planteó que ella recién había conocido esta circunstancia en enero del año 2015, por lo que el inicio del plazo de caducidad debe computarse desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación (01/08/2015).

Especificó que a partir de esa fecha, el nuevo ordenamiento le confiere legitimación como tercera para reclamar, por lo que aseveró que la acción no se encuentra, ya que fue interpuesta en noviembre de 2015.

Por último, junto a F. P., solicitaron que se modifique la distribución de costas establecida en la sentencia. De este modo, requirieron que los gastos causídicos fueran impuestos a cargo de los codemandados.

c.- Asimismo, P. A. K. apeló el decisorio y solicitó que se declare la caducidad de la acción admitida por la a quo.

Postuló que la demanda había sido promovida por G. V. S., quien había accionado válidamente en representación de su hijo, ya que ella era su madre. Dijo que los actos cumplidos por el representante obligan al representado en toda su extensión, de modo que tanto las consecuencias favorables como las desfavorables

rables obligan a este último. Manifestó que resultaría contrario al ordenamiento jurídico pretender que la intervención complementaria del Ministerio Público pudiera revalidar los reclamos efectuados incorrectamente por el representante, purgando así sus defectos. Por ello, indicó que la decisión de la magistrada comprometía severamente la seguridad jurídica, que debía ser preservada por razones de política familiar.

d.- A su turno, la Sra. Defensora de Cámara intervino en representación de F. P. y requirió sucintamente el rechazo de los agravios de la parte actora.

e.- A su vez, el Sr. Defensor a cargo de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 3 solicitó la desestimación de los agravios planteados por los codemandados, en representación de F. P.

Expuso que la decisión de la a quo se había inspirado en el interés superior del joven, de conformidad con lo normado por el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que precisamente velaba por la preservación de su identidad y vínculos familiares. Explicó que en este caso, el deber estatal de asistencia y protección apropiados para preservar las relaciones de su asistido se cumplía prioritariamente admitiendo la acción, porque —de lo contrario— no podría garantizarse el acceso del niño a la justicia ni su tutela jurisdiccional inmediata.

f.- En último lugar, el Sr. Fiscal de Cámara solicitó que se revoque el pronunciamiento en crisis. Expresó que si se admitiera la demanda, F. P. se vería privado de la identidad con la que vivió durante casi treinta años para ser emplazado en el vínculo filial que le corresponde solo a partir de su realidad biológica. Indicó que una solución de esta índole era susceptible de comprometer en forma directa sus derechos fundamentales, los que debían ser objeto de especial protección por tratarse de un sujeto con restricciones a sus capacidades.

En cuanto a la pretensión de F., cuestionó el razonamiento postulado por la a quo para concluir que no había operado la caducidad de su acción. Señaló que el Cód. Civ. y Com. de la Nación no prevé ninguna dispensa del plazo de caducidad derivada de su condición de niño, y que tampoco contemplaba que el plazo estipulado por el art. 593 pudiera suspenderse por dicha circunstancia. Por otro lado, manifestó que la interpretación de la Juez carecía de sustento normativo, en tanto se fundaba en la aplicación analógica de la doctrina sentada por la CSJN en un precedente en el que se evaluaba el cómputo del plazo de prescripción, pero no el de caducidad. Refirió que eran notorias las diferencias sustanciales que existían en-

tre los institutos en juego, de modo que no resultaba posible su asimilación por analogía en los términos planteados por la magistrada.

Afirmó que el plazo de caducidad se fundaba en razones de orden público y esto determinaba que no fuera susceptible de suspensión o interrupción, excepto que medie una disposición legal que indicase lo contrario (conf. art. 2567 Cód. Civ. y Com. de la Nación). Desde esta perspectiva, sostuvo que la limitación temporal establecida por el art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no era un mero capricho legislativo, porque la conformación del orden familiar requería estabilidad en las diversas formas de emplazamiento de sus integrantes y ello hacía al interés general de la sociedad.

III. Antecedentes

a.- De las constancias del proceso, se desprende que a fs. 14/19, G. V. S. se presentó por derecho propio y en representación de su hijo F. P. con el objeto de impugnar el acto mediante el cual D. A. P. había reconocido a F. P. como su hijo. Al mismo tiempo, promovió su acción contra P. A. K. en su condición de progenitor biológico de F., a los fines de que fuera emplazado en tal carácter y fuera reconocido su estado de familia.

Postuló que el reconocimiento impugnado afectaba los derechos de F., ya que a través de una filiación falsa, el niño se veía mermado en su potencial hereditario, se negaba su derecho a conocer su verdadera identidad familiar y se lo colocaba en una situación jurídica de potencial obligado alimentario respecto de F. (art. 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

b.- En su presentación de fs. 28, D. A. P. se allanó a la pretensión. Admitió que F. no era su hijo, dado que un estudio de ADN realizado en agosto de 2009 había revelado que P. A. K. era su verdadero progenitor biológico.

c.- A fs. 49/73, F. P. compareció al proceso representado por su madre y apoyo, Daniel Pérez B. Explicó que D. A. quería impugnar el vínculo filiatorio desde el año 2009, pese a que él había reconocido la paternidad voluntaria y unilateralmente en el año 1992. Por ello, expuso que la demanda encubría intereses patrimoniales que no correspondían a F. y su madre, sino que se hallaban orientados a disolver el vínculo de D. y así hacer cesar su obligación alimentaria.

En función del amplio lapso transcurrido, planteó la caducidad de la acción de impugnación, ya que —según sostuvo— resultaba falso que G. V. S. hubiera tomado conocimiento de la verdad durante los primeros meses de 2015.

d.- A fs. 91/100 se presentó P. A. K. y contestó la demanda. No obstante, dicha presentación fue posteriormente desglosada por no haberse cumplido con lo normado por el art. 120 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (conf. fs. 101, 109 y 110).

e.- En el pronunciamiento atacado, la Juez declaró operada la caducidad de la acción de la Sra. S., en tanto tuvo por demostrado que en el año 2011 o 2012, ella se había enterado de que D. A. P. no era el padre biológico de su hijo reconocido. En cambio, la magistrada rechazó el planteo de caducidad introducido con respecto a la acción de F. P. Entendió que a su respecto, no había transcurrido el plazo perentorio receptado en el art. 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, debido a que no podría privarse al niño del acceso a la justicia por la inactividad en que habrían incurrido sus representantes legales. En consecuencia, hizo lugar a la demanda y emplazó a P. A. K. como progenitor de F.

IV. La cuestión debatida: la caducidad de las acciones

Entablada en tales términos la contienda, estimo que, por razones de orden metodológico, corresponde abordar en primer lugar las quejas introducidas con relación a la caducidad de las acciones planteadas.

La acción de impugnación del reconocimiento persigue destruir un vínculo filial que se ha establecido sin coincidir con el vínculo genético. La situación del reconociente carece de importancia para la procedencia de la acción, ya que lo relevante es que quien demanda lo haga afirmando que falta la relación de sangre entre las partes que aparecen ligadas por el vínculo jurídico (Bueres, “Código Civil y Comercial, y normas complementarias”, 2016, T 2, p. 524).

En este caso no estamos en presencia de una acción de nulidad de reconocimiento fundada en el vicio del consentimiento, sino en una de impugnación (conf. Llambías, “Código Civil anotado”, Abeledo-Perrot, 2002, T. I-B, p. 81; ver CNCiv., Sala K, in re “C., H. V. c. P., S. M. s/ impugnación paternidad”, del 13/04/2000, ED, 190-129). Daniel Pérez reconoció a F. luego de casarse con la primera esposa. Sobre esta línea avanzaremos.

Debe señalarse que el instituto de la prescripción es diferente al de la caducidad. La caducidad de los derechos no estaba regulada orgánicamente en el Código de Vélez, por lo que fue una figura que se gestó con posterioridad a su sanción. La doctrina y jurisprudencia entendían pacíficamente que numerosas normas de ese cuerpo normativo plasmaban verdaderos plazos de caducidad, como era el art. 263 CC conforme ley 23.264 (ver Grosman, en Highton-Bueres, “Código

Civil y normas complementarias”, Hammurabi, 2003, T. 1-B, p. 441; Pizarro-Vallespinos, “Tratado de las obligaciones”, Rubinzal-Culzoni, 2017, T. IV, p. 234).

De esta manera el Código Civil fijaba que la acción de impugnación del reconocimiento por inexistencia del nexo biológico no caduca para el hijo, mientras que para los demás interesados lo hacía después de dos años de haber tomado conocimiento del reconocimiento efectuado. Dicha norma tiene su correlato en el Cód. Civ. y Comercial en el art. 593, que modifica el plazo para los interesados, quienes pueden ejercer la acción dentro del año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

V. La caducidad de la acción de G. V. S.

Como ha sido relacionado, la a quo decretó la caducidad de la acción de impugnación entablada por G. V. S., en la inteligencia de que ella había tomado conocimiento en 2011 o 2012 de que D. A. P. no era el progenitor biológico de F. Dicha decisión motivó los cuestionamientos de la actora, quien indicó que el plazo de caducidad de un año fijado por el nuevo ordenamiento legal contenido en el art. 593 Cód. Civ. y Comercial no había expirado a la fecha de interposición de la demanda (11/11/2015), ya que este debía computarse desde la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal (01/08/2015).

En este contexto, el meollo de la cuestión radica en determinar cuál es la normativa que debe regir la caducidad frente al cambio de legislación.

Al respecto, cabe destacar que en materia de acciones filiatorias, se ha sostenido que la aplicación de la nueva ley no puede alcanzar las consecuencias o efectos que se hubieran agotado bajo la vigencia de la norma previa. Esto obedece a que por aplicación de la noción de consumo jurídico, la ley posterior no posee aptitud para vivificar un derecho ya agotado a la luz de una regulación anterior dejada sin efecto (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídica existentes”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, ps. 80/83).

A partir de esta premisa, queda claro que, en supuestos como el presente, las acciones fenecidas por caducidad no podrán resurgir bajo la nueva normativa, dado que sus consecuencias han sido extinguidas al amparo del ordenamiento derogado. Dicha solución restrictiva tiende a garantizar estabilidad en la conformación de las familias y en este caso, encuentra especial sentido en virtud de los derechos de importancia superlativa que se encuentran en juego,

como lo son la identidad de las personas y la verdad de sus lazos de parentesco.

En efecto, la existencia de plazos de caducidad responde a la necesidad de brindar certeza y estabilidad a las relaciones filiales, para evitar que se deje indefinidamente abierta la posibilidad de impugnación de los estados de familia (conf. CNCiv., Sala G, in re “B. A. J. c. B. E. C. s/ impugnación de filiación”, 10/12/2020; Herrera, Marisa en Lorenzetti, R. L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. III, comentario al art. 591, p. 666). Así, esta limitación temporal pretende garantizar previsibilidad sobre los efectos que pudieran tener las conductas de los terceros interesados en accionar ante las relaciones de parentesco. Por ende, a través de este mecanismo, el ordenamiento vela por la consolidación de los vínculos filiatorios y ello encuentra fundamento constitucional en evidentes razones de seguridad jurídica (conf. Famá, María Victoria, “La filiación: régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo-Perrot, 2009, ps. 215/216).

Desde esta perspectiva, resulta lógico que una vez transcurrido el plazo de caducidad estipulado en la ley aplicable, la acción no pueda renacer a partir de las modificaciones legislativas que pudieran sobrevenir a dicho hito. De lo contrario, hipótesis de aplicación temporal de la norma como la postulada por la recurrente conspirarían contra el objetivo de interés social que inspira el ordenamiento. En otros términos, ello permitiría que la identidad de las personas pudiera quedar indiscriminadamente sometida a ulteriores debates por parte de terceros, en desmedro de la estabilidad de los lazos familiares que se busca preservar (conf. CNCiv., Sala B, in re “S. R. N. c. M. M. R. y otro”, 26/10/2011, LA LEY, cita online TR LA LEY AR/JUR/72718/2011).

Lo cierto es que nuevos cuestionamientos en modo alguno se compadecen con la naturaleza de un instituto como el de la caducidad, que pretende resguardar el orden público mediante la extinción del derecho, una vez que ha precluido el intervalo fijado para ejercitarlo. Es precisamente por este motivo que se ha caracterizado al plazo de caducidad como fatal, indetenible e inmutable, de modo que los derechos sujetos a dicho lapso fenecen por el mero transcurso del tiempo, cualesquiera hayan sido los impedimentos para accionar.

Si bien no desconozco que —de todos modos— existe la posibilidad de que se establezcan excepciones a dicha regla por vía legislativa, tales dispositivos deberían ser expresos y tendrían siempre un carácter restrictivo (conf. Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., “Tratado de Obligaciones”, Rubinzal-Culzoni Editores,

T. IV, ps. 229 y 243). De ahí que no pueda afirmarse que una circunstancia de dicha índole se configure en este caso, en el que no se advierte norma alguna en el CCC que avale la interpretación propuesta por la Sra. S. a fin de lograr el renacimiento de su acción impugnatoria.

Por todo lo expuesto, no encuentro razones que respalden las críticas ensayadas por la recurrente, ni que brinden fundamentos legales válidos para contabilizar el plazo de caducidad a partir de la entrada en vigor del nuevo plexo normativo (01/08/2015). Por el contrario, entiendo que las disposiciones derogadas que resultan aplicables determinan que a la fecha de interposición de la demanda (11/11/2015) ya había transcurrido en exceso el lapso de caducidad de dos años a computarse desde la fecha que se conocía el acto de reconocimiento (conf. art. 263 del Cód. Civil).

Por lo tanto, propongo al acuerdo desestimar los agravios sostenidos al respecto y confirmar este punto del decisorio en crisis, ya que la propia actora ha reconocido que su acción se encontraba caduca bajo las disposiciones del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y este cuerpo normativo es el que rige en el caso, de conformidad con el análisis expuesto (conf. art. 7 Cód. Civ. y Comercial).

VI. La caducidad de la acción de F. P.

Por otro lado, la *a quo* rechazó el planteo de caducidad introducido frente a la acción de F. P. En sustento de su decisión, aplicó por analogía la doctrina del precedente “Quiroz, Milton J. y otros c. Caporaletti, Juan y otros”, en el que la CSJN se pronunció acerca de la suspensión del plazo de prescripción en los reclamos de daños y perjuicios incoados por menores de edad. La magistrada concluyó así que no había transcurrido el plazo de caducidad, porque —en la hipótesis opuesta— se privará al niño del acceso a la justicia por la inactividad de sus representantes legales.

Dicho aspecto del pronunciamiento mereció las críticas de F. P. y el Sr. Fiscal General, que he sintetizado con antelación en los puntos II.a y II.f.

a.- Como primera aproximación al asunto, creo ineludible determinar cuál es la normativa que resulta aplicable.

Al respecto, estimo que la caducidad de la acción de F. P. también tendrá que ser abordada desde el ordenamiento derogado, ya que —en este supuesto en particular— el diesa quo deberá computarse desde la fecha de nacimiento del joven (29/08/2013), cuando aún se encontraba vigente el Cód. Civil de Vélez Sarsfield (conf. partida de nacimiento agregada a fs. 1). De este modo, se garantizará la facultad de accionar

del niño, que —de lo contrario— se habría extinguido mucho antes de que F. hubiera sido concebido.

No obsta a esta conclusión el hecho de que el fin del plazo de caducidad de dos años previsto en el art. 263 del Cód. Civil hubiera operado el 29/08/2015. Es que “para las acciones pendientes al momento de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial, corresponde (...) aplicar el plazo anual previsto en el art. 593 a partir de la entrada en vigencia, excepto que computado el tiempo ya transcurrido fuese superior a dos años” (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial de las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, ps. 189/190).

Esta última excepción es la que precisamente se configura en el caso, dado que a la fecha de interposición de la demanda (11/11/2015), ya había expirado el plazo bianual fijado por el plexo legal derogado, a computarse desde el nacimiento del niño. Por ende, estimo que debe declararse operada la caducidad de la acción de F, en tanto no median excepciones que justifiquen la suspensión del plazo perentorio, y tampoco resulta posible aplicar análogicamente las normas que rigen la prescripción al supuesto en análisis.

b.- Contrariamente a lo afirmado por la Juez de grado, la naturaleza jurídica disímil que diferencia al instituto de la prescripción del de la caducidad impide su asimilación, debido a que las características del primero no encuentran correlato necesario en la esencia del segundo.

La caducidad, aunque guarde ciertas semejanzas con la prescripción, es una institución diferente (conf. CSJN in re “Sud América T. y M. Cía. de Seg. SA c. SAS Scandinavian AS s/ cobro”, 13/12/1988, Fallos: 311:2646). Por lo tanto, no resulta posible extrapolar sin reparos las características de una figura a la otra, bajo una aplicación análogica como la propiciada por la a quo para dar basamento a la presunta suspensión del plazo de caducidad que, a su entender, habría operado en el supuesto de F.

En materia de prescripción, existen algunas situaciones en las que el titular del derecho se encuentra obstaculizado o directamente imposibilitado para entablar su reclamo. Por este motivo, la ley reconoce ciertos supuestos en que debe dejar de computarse el curso del plazo que produciría el efecto extintivo (conf. Alferillo, Pascual en Lorenzetti, R. L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. XI, comentario al art. 2539, p. 266; Guisado, Paola en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S., “Código Civil y Comercial de la Nación

comentado”, Infojus, T. VI, comentario al art. 2539, ps. 270/271).

Sin embargo, esto no se replica en los supuestos de caducidad. Por el contrario, estos plazos no se paralizan excepto disposición legal expresa en contrario, ya que consagran un tiempo objetivo, rígido, inexorable y perentorio para el cumplimiento del acto previsto por la ley, que encuentra fundamento en la necesidad de que ciertos actos se materialicen dentro de un lapso breve y fatal que no podrá detenerse (conf. Alferillo, Pascual en Lorenzetti, R. L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. XI, comentario al art. 2567, p. 380; Guisado, Paola en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Infojus, T. VI, comentario a los arts. 2566 y 2567, ps. 292/295).

Como fue expuesto por la CSJN, “es doctrina universalmente admitida que la caducidad no está sujeta a interrupción ni a suspensión, ya que se aplica a pretensiones para cuyo ejercicio se señala un término preciso” (conf. CSJN, in re “Sud América T. y M. Cía. de Seg. SA c. SAS Scandinavian AS s/ cobro”, 13/12/1988, Fallos: 311:2646). Esto responde a que, en estos supuestos, se manifiesta en forma acentuada la necesidad de resguardar el interés social mediante la estabilidad, la certeza y el dinamismo de las relaciones jurídicas, así como la firmeza y la ejecutoriedad de los actos cumplidos (conf. Santarelli, Fulvio G. en Alterini, Jorge H., “Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético”, Thomson Reuters: LA LEY, 2015, T. XI, p. 879).

Dichas características incompatibles de uno y otro instituto se encuentran actualmente plasmadas en los arts. 2539 y 2567 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que ha receptado y cristalizado la labor interpretativa efectuada por la doctrina y la jurisprudencia para desentrañar la naturaleza de ambas figuras bajo la normativa anterior, pese a que la caducidad de los derechos no estaba regulada explícitamente en el Cód. Civil de Vélez Sarsfield (conf. Pizarro, R. D. y Vallespino, C. G., “Tratado de Obligaciones”, Rubinzal-Culzoni Editores, T. IV, p. 224). Por ello es que las nuevas disposiciones resultan una fuente de exégesis válida del ordenamiento derogado, aun cuando no resulten de aplicación al caso.

Desde este enfoque, advierto que en lo que concierne a la pretensión de F. P., no existe ninguna disposición legal que autorice la suspensión del plazo de caducidad receptado en el art. 263 Cód. Civil ante la inacción de sus representantes legales (ver Jorge Azpiri, en Bueres, “Código Civil y Comercial y normas complementarias”, Hammurabi, 2016, T 2, p. 525). En consecuencia, propongo que se revoque el decisorio

en este aspecto, ya que tal temperamento no afectaría el interés superior del niño en este particular caso.

c.- En efecto, si bien la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 8° que debe respetarse el derecho del joven a su identidad y relaciones familiares, aquel tratado no contiene ninguna disposición que haga prevalecer la realidad biológica por sobre otros factores determinantes de los lazos de parentesco. Por consiguiente, se ha afirmado que el concepto de identidad que consagra el instrumento internacional no se circunscribe a su faz estática, sino que comprende el aspecto dinámico que —en casos como el presente— se caracteriza por la posesión de estado durante un lapso extenso (cfr. CNCiv., Sala “B” in re “S. R. N. c. M. M. R. y otro”, 26/10/2011, LA LEY, cita online TR LALEY AR/JUR/72718/2011).

De acuerdo a esta interpretación, la realidad biológica no es la única vertiente de la identidad que debe ser tenida en cuenta en el marco de acciones de impugnación. En contraposición, la faz dinámica de la identidad puede primar en los conflictos filiales en que ésta entre en tensión con la estática (conf. Herrera, Marisa en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S., Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado, Infojus, 2015, comentario al art. 593, p. 358), ya que esta premisa se compadece con la noción de identidad personal acuñada por tribunales internacionales.

Nótese que al pronunciarse al respecto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el concepto de identidad está ligado a la persona en su individualidad específica y su vida privada, las que si bien se encuentran sustentadas en su experiencia histórica y biológica, también se apoyan en la forma en que el individuo se relaciona con los demás en el despliegue de los vínculos que entabla en el plano familiar y social (conf. Corte IDH in re “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012, párrafo 123).

Por ello es que no se advierte que el rechazo de la demanda promovida por F. necesariamente conduzca a una afectación de su interés superior o sus derechos convencionales en los términos planteados por el Sr. Defensor de Menores. Más aún si se pondera que el niño ha accedido a la verdad biológica de sus vínculos de parentesco a partir del estudio de ADN agregado a fs. 8/13, que ha sido reconocido expresamente por todas las partes (cfr. acta de la audiencia celebrada en la oportunidad prevista por el art. 360 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación a fs. 163).

d.- Por lo demás, entiendo que la solución propiciada tampoco vulneraría el derecho de acceso a la justicia del niño ni la tutela jurisdiccional inmediata que —a criterio del Sr. Defensor— integran el deber estatal

de asistencia y protección orientados a preservar las relaciones familiares.

Es que la Corte IDH ha entendido que los tribunales internos no deben resolver indefectiblemente el fondo de todo asunto que les es planteado, sin antes verificar los requisitos formales del caso (conf. Corte IDH in re “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”, 24/11/2006, párrafo 126). De ahí que aun cuando los procesos previstos en los ordenamientos internos deben asegurar garantías judiciales amplias, ello no implica que deban obviarse los presupuestos de viabilidad a los que éstas están sujetas.

Razones de certeza jurídica y tutela efectiva de los derechos personales hacen que los Estados puedan establecer criterios de admisibilidad y —en el específico caso de las acciones filiatorias— la CSJN ha afirmado que las caducidades previstas superan el test de racionalidad. Esto obedece a que —en puridad— estas se cimientan sobre un poder de reglamentación habilitado por la Constitución Nacional, que apunta a garantizar una apropiada administración de justicia y la debida estabilidad de los vínculos filiales (conf. dictamen de la Procuración General de la Nación, a cuyos fundamentos adhirió la CSJN in re “M., E. A. c. R., B. B. s/ impugnación de paternidad” (ver CSJ 1025/2012 (48-M), del 30/12/2014).

En sentido coincidente se ha expedido la Corte de Estrasburgo, al sostener que la existencia de un plazo de caducidad no vulnera per se los derechos humanos, en tanto este instituto constituye una regulación orientada a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones familiares (conf. Corte Europea de Derechos Humanos in re “Röman c. Finlandia”, 29/01/2013, párrafo 50).

Por lo tanto, concluyo que, en este caso, la caducidad de la acción de F. P. no importa una sanción legal irrazonable, que se traduzca en la conculcación de sus derechos fundamentales.

A todo lo dicho, no podemos obviar que a la presente fecha F. tiene 35 años de edad, y que desde los 6 años consideró a D. como su padre.

Es sabido que la identidad de una persona se construye en un proceso que se desarrolla a través del tiempo. En este contexto histórico de protección del derecho a la identidad, la jurisprudencia ha resuelto que en determinadas situaciones, como la aquí sujeta a juzgamiento, las cuestiones derivadas de las acciones de filiación permiten conocer la verdad acerca de los datos genéticos (dato estático), pero sin derribar el reconocimiento a los lazos construidos (dato dinámico); pues en materia de filiación el valor de la

construcción de la identidad en el desarrollo de los vínculos familiares y la socioefectividad no puede ser ignorada. El instituto de la caducidad de la acción no se presenta como inconstitucional, en tanto todas las legislaciones contemporáneas establecen de un modo y otro un plazo de caducidad en el ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación, salvo para el hijo que lo puede hacer en todo tiempo.

Nadie puede poner en discusión que debe respetarse el derecho del niño —aquí mayor con discapacidad— a preservar su identidad y las relaciones familiares como lo señala el art. 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Pero esa norma añade que la preservación de la identidad y de las relaciones debe serlo de conformidad con la ley. O sea, la directiva básica es proteger a los niños de toda injerencia que pudiese tener como finalidad sustraerlos ilegítimamente de la familia o de cualquier otro modo sustituir su identidad filiatoria; de modo que las disposiciones de la Convención no obstan a que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una “verdad biológica” (conf. CNCiv., Sala F, “L., F. c./ O., P. y otro, s/ impugnación de la paternidad” del 17/03/2010, Expte. 29.707/2006, elDial.com - AA5E2A).

e.- En consecuencia, por todos los fundamentos desarrollados, propongo que se revoque este aspecto del decisorio, se declare operada de la caducidad de la acción entablada por el niño a través de la representación de su madre, y en consecuencia, se rechace la demanda.

VI. Costas de primera instancia y de Alzada

En función del modo en que se decide, propongo confirmar que las costas de primera instancia sean impuestas por su orden, mientras que las de Alzada a la actora vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. Colofón

Por todo lo expuesto, de ser compartido mi criterio, propongo al Acuerdo: I.- Confirmar el decisorio en crisis en cuanto declaró la caducidad de la acción entablada por G. V. S.; II.- Revocar el pronunciamiento en los demás puntos que han sido materia de agravio, y en consecuencia, declarar operada la caducidad de la acción promovida por F. P., y por ende rechazada la demanda. III.- Imponer las costas de primera instancia por su orden, como las derivadas de la incidencia resuelta a fs. 151/152, mientras que las de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Los doctores *Fajre y Kiper*, por las consideraciones expuestas por la doctora *Abreut de Begher*, adhieren al voto que antecede.

Visto, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I. Confirmar el decisorio en crisis en cuanto declaró la caducidad de la acción entablada por G. V. S.; II. Revocar el pronunciamiento en los demás puntos que han sido materia de agravio, y en consecuencia, declarar operada la caducidad de la acción promovida por F. P., y por ende rechazada la demanda. III. Imponer las costas de primera instancia por su orden, como las derivadas de la incidencia resuelta a fs. 151/152, mientras que las de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). IV. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones establecidas en la instancia de grado y fijar los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento. A tales efectos es de que a fin de regular los honorarios de los profesionales corresponde aplicar la ley vigente al comienzo de la prestación del servicio cuya retribución es motivo de apelación (esta Sala en autos “Urgel, Paola C. d. I. M. c. New 1817 SA s/ daños y perjuicios” del 06/06/2018). En este sentido, nuestro más Alto Tribunal ha resuelto que “...en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación (Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, el nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7° del dec. 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de Fallos: 268:352; 318:445 —en especial considerando 7°—; 318:1887; 319:1479; 323:2577; 331:1123, entre otros)...” (CSJN, 04/09/2018, “Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa, cons. 3°; íd. Esta Sala, 27/09/2018, “Pugliese, Paola D. c. Chouri, Lilianna Beatriz y otro s/ daños y perjuicios”). Sobre dicha base es que, en lo que se refiere al marco legal aplicable, este Tribunal considera que la ley 21.839 resulta aplicable en la primera etapa del presente proceso, en atención al momento en el cual tuvieron principio de ejecución, mientras que la segunda y tercera etapa se desarrolló íntegramente bajo la vigencia de la nueva ley 27.423. En consecuencia, dichas normas serán las que regirán la presente regulación para las etapas pertinentes (cfr. CSJN, 04/09/2018, “Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa, cons. 3°; íd. esta Sala, “Urgel Paola Carolina c. 1817 New 1817 SA s/ daños y perjuicios”).

cios” del 06/06/2018; y 27/09/2018, “Pugliese, Paola D. c. Chouri, Liliana Beatriz y otro s/ daños y perjuicios”). En este contexto habrá de considerarse que el proceso carece de contenido económico, las etapas procesales cumplidas, resultado obtenido, el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada, la complejidad, la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional, la trascendencia económica y moral que para el interesado reviste la cuestión en debate. así como lo previsto por los arts. 6, 30, 33, 37 y ccs. de la ley 21.839 —t.o. ley 24.432— para las dos primeras etapas y lo dispuesto por los arts. 15, 16, 29, mínimo establecido por el art. 21 y ccs. de la ley vigente para la tercer etapa del proceso. En cuanto a los honorarios correspondientes al incidente 79.510/15/2 habrá de recurrirse a las previsiones contenidas en el artículo 16 de la ley 27.423, por cuanto la normativa aplicable no contiene un artículo específico que determine la forma de calcular los estipendios en los incidentes (cfr. observación formulada por el art. 5° del Decreto del PE 1077/2017, al art. 47 de la ley 27.423). Bajo tales parámetros se fijan los honorarios de la Dra. Leonor Vain, letrada patrocinante de la parte actora y luego apoderada a partir de fs. 775, por el principal y el incidente resuelto a fs. 152, en la suma de ... pesos (\$...) por las dos primeras etapas y en la de ... pesos (\$... — equivalentes a ... UMA valor conf. Ac. 21/21—) por la tercera etapa. Por las tareas vinculadas con el incidente 79.510/15/12 se fijan sus honorarios en la suma de ... pesos (... UMA). Los honorarios de la Dra. Stella Iris Burgos, letrada patrocinante del demandado P, por

las tareas desarrolladas en las dos primeras etapas se fijan en la suma de ... pesos (\$...). Los honorarios de los Dres. D. Bladimiro Fedel y Marcelo Omar Itrat, patrocinantes de la Sra. B., apoyo de F. P., por el principal y por el incidente resuelto a fs. 152, se fijan en conjunto por las dos primeras etapas en la suma de ... pesos (\$...) —de los que corresponden el 90% al Dr. Fedel y el restante 10% a Dr. Itrat— y por la tercera etapa se fijan a favor del Dr. D. Bladimiro Fedel en la suma de ... pesos (\$..., equivalentes a ... UMA). Por las tareas desarrolladas en el incidente 79.510/15/2 se establece el honorarios del Dr. Fedel en la suma de ... pesos (... UMA). Por último se establecen los honorarios del Dr. F. Ricardo García, patrocinante de P. A. K. en la suma de ... pesos (\$...) por las dos primeras etapas y en la de ... pesos (\$..., equivalentes a ... UMA, Ac. 21/21) por la tercera etapa. V. Por las actuaciones cumplidas ante esta alzada que culminaran con el dictado del presente pronunciamiento, se fijarán los honorarios de los letrados bajo las pautas del art. 30 de la ley 27.423 por ser la vigente al momento de la prestación del servicio. Bajo tales parámetros se establecen los honorarios de la Dra. Leonor Vain en la suma de ... pesos (\$...), los del Dr. D. Bladimir Fedel en la suma de ... pesos (\$...) y los del Dr. F. Ricardo García en la de ... pesos (\$...) equivalentes a la cantidad de ... UMA, ... UMA y ... UMA respectivamente (art. 30 de la ley 27.423, y valor de UMA conforme Ac. 21/2021 de la CSJN). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/2013), notifíquese y, oportunamente, archívese. — *Liliana E. Abreut de Begher*. — *Claudio M. Kiper*. — *José B. Fajre*.



Programa Intensivo de Legal Tech:

Nuevas aptitudes, saberes, tips y herramientas para el ejercicio profesional en la era digital.



¡Acercate a los temas que hacen hoy a la Abogacía del Futuro y **preparate para las nuevas oportunidades!**

Dirigido por:

Dr. Gastón Bielli | Dr. Gabriel Quadri | Dr. Andres Piesciorovsky

Temario:

Inteligencia jurídica aplicada a cuestiones relacionadas con la tecnología blockchain • Marketing para abogados y abogadas • Documento electrónico y procesos de ejecución • Coaching de estudios jurídicos
Cuestiones jurídicas derivadas del uso de la inteligencia artificial • Impacto de la tecnología en la litigación del fuero de Familia • Lo tecnológico y el Derecho Laboral • Delitos informáticos • Data Privacy



Inicio: Mayo de 2022
Modalidad: 9 clases online



¡Inscríbete ya!

Participá y seguí construyendo tu **futuro profesional.**

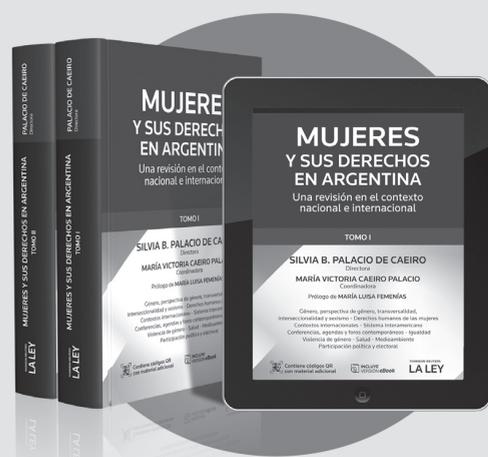
MUJERES Y SUS DERECHOS EN ARGENTINA

Una revisión en el contexto nacional
e internacional

Silvia B. Palacio de Caeiro (*Directora*)



2021



Esta obra
**contiene
códigos QR**
con material
adicional.



2 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

Esta obra constituye un trabajo interdisciplinario dirigido a quienes aplican leyes, ejercen la abogacía y trabajan temas de género.

Se encuentra abordada por un grupo de abogadas interesadas en las cuestiones de género y sus problemáticas, tanto en Argentina como en el mundo, y su objetivo es la reivindicación de los derechos de las mujeres en lugares institucionales y privados. La publicación, en sus dos tomos, proporciona información y análisis de las principales materias jurídicas relativas a derechos de las mujeres en Argentina, cuya imagen se proyecta en el espejo internacional de derechos humanos.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

