

Reimpresión

ISBN 978-987-30-0525-1 (obra completa edición rústica)

ISBN 978-987-30-0527-5 (obra completa edición encuadernada)

Tratado de Derecho de Familia : Tomo V-B / Aída R. Kemelmajer de Carlucci ... [et al.] ; dirigido por Aída R. Kemelmajer de Carlucci ; Marisa Herrera ; Nora Lloveras. - 1ª ed. 1ª reimpresión. - Santa Fe : Rubin-
zal-Culzoni, 2017

v. V-B, 912 p. ; 23 × 16 cm

ISBN 978-987-30-0699-9 (edición rústica)

ISBN 978-987-30-0701-9 (edición encuadernada)

1. Derecho. 2. Derecho de Familia. I. Kemelmajer de Carlucci, Aída R. II. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., dir. III. Herrera, Marisa, dir. IV. Lloveras, Nora, dir.

CDD 346.015

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
CAPÍTULO IX	
ADOPCIÓN	
1. Consideraciones generales	9
1.1. Las principales variaciones al sistema legal incorporadas por el CCyC y su impacto en la adopción	9
1.2. La etapa previa de trabajo con la familia de origen y ampliada	15
1.3. El tiempo como factor relevante	19
1.4. La socioafectividad	26
1.4.a) Consideraciones generales	26
1.4.b) La socioafectividad en distintas variantes: las vinculaciones afectivas de los niños institucionalizados	29
2. El derecho a conocer los orígenes	34
2.1. Consideraciones generales	34
2.2. Orígenes y datos. Contenido y legitimación	38
2.3. Información contenida en el expediente judicial o administrativo	41
2.4. Otra información	42
2.5. Alcance del derecho a conocer el origen: ¿Un derecho con contornos o un desborde conceptual en la interpretación?	43
2.6. Algunos aportes prácticos para garantizar el acceso pleno al derecho a conocer	45
2.7. El derecho autónomo al conocimiento del origen: palabras finales	46

3. Adoptante/s	47
3.1. Consideraciones generales	47
3.2. Requisitos de los adoptantes	49
3.3. Adopción y monoparentalidad	53
3.4. El supuesto de la separación de hecho	56
3.5. Adopción y homoparentalidad	57
3.6. Adopción y ascendientes	61
4. El adoptado	66
4.1. Consideraciones generales	66
4.2. Justificación de cuándo y cómo se adquiere la condición de “adoptable”	69
4.3. El interés superior del niño adoptado	76
4.3.a) Concreción en sentencias razonablemente fundadas. ¿Interpretación por analogía o por texto legal?	76
4.3.b) Un caso paradigmático resuelto en interés superior del niño	88
4.3.c) Análisis y aplicación de los principios desde el sujeto adoptado	98
4.4. Adopciones complejas: los niños mayorcitos y adolescentes ...	100
5. Proceso de adopción	111
5.1. Los orígenes: la instancia previa del Sistema de Protección integral de derechos y su articulación con la nueva regulación. ...	111
5.2. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad	127
5.2.a) Consideraciones generales	127
5.2.b) Reglas procesales de la declaración en situación de adoptabilidad	131
5.2.c) La participación del niño, niña o adolescente en su proceso de declaración en situación de adoptabilidad ...	132
5.2.d) La participación de los progenitores	137
5.2.e) Referentes afectivos y participación procesal.	148
5.3. La guarda de hecho. Norma y contextos de un escenario complejo	161
5.3.a) La guarda de hecho y el artículo 611 del CCyC	161
5.3.b) Las excepciones a la guarda de hecho. El valor del principio de socioafectividad en las relaciones familiares	185

5.4.	La continuidad. La guarda para adopción y su naturaleza: de proceso a sentencia judicial	197
5.5.	La guarda y otras figuras <i>sui generis</i>	210
5.6.	El juicio de adopción propiamente dicho.	215
6.	Adopción plena y simple.	218
6.1.	Introducción	218
6.2.	Breves antecedentes de la regulación de tipos adoptivos.	219
6.3.	Disposiciones generales	222
6.4.	Efectos de la adopción. Facultades judiciales	223
6.5.	La flexibilización de los tipos adoptivos	226
6.5.a)	La flexibilización en la jurisprudencia anterior al CCyC	226
6.5.b)	Flexibilización en la jurisprudencia posterior al CCyC	237
6.6.	Los tipos adoptivos en acto: distintos supuestos	246
6.6.a)	Adopción plena	246
A)	Mantener vínculo con los progenitores de origen	247
B)	Mantenimiento de vínculo con los hermanos de origen	251
C)	Mantenimiento de vínculo con la familia extensa de origen (abuelos, tíos, primos).	254
D)	Mantenimiento de vínculo con los progenitores de origen	255
E)	Mantenimiento de vínculo con los otros hijos del o los adoptantes.	258
F)	Mantenimiento de vínculo con la familia extensa de los adoptantes (padres, hermanos del o los adoptantes).	258
G)	La preservación de los vínculos con los referentes afectivos	258
6.7.	Conversión de la adopción simple en plena.	260
6.8.	Irrevocabilidad de la adopción plena	264
6.9.	Acción de filiación del adoptado en forma plena.	268
7.	Adopción de integración	270
7.1.	Introducción	270

7.2. Adopción integrativa y su integración en la doctrina nacional . . .	278
7.3. La adopción de integración en acto: el desarrollo jurisprudencial en los primeros tiempos.	282
7.3.a) Consideraciones generales	282
7.3.b) Los últimos vientos de inconstitucionalidades	283
7.3.c) La correcta interpretación de la adopción de integración	286
7.4. Adopción integrativa mixta	290
7.5. Flexibilización de la adopción de integración	294
7.6. Otras consideraciones jurídicas	298
7.6.a) Adopción de integración <i>post mortem</i>	298
7.6.b) El apellido en la adopción de integración.	300
7.6.c) Revocación de la adopción de integración	303
7.6.d) Un cruce novedoso: gestación por sustitución y adopción por integración.	305
8. El nombre del adoptado	307
8.1. Consideraciones generales	307
8.2. Prenombre o nombre de pila.	308
8.3. Apellido del adoptado.	314
9. Palabras de cierre.	316

CAPÍTULO X

RESPONSABILIDAD PARENTAL

1. Introducción	317
2. Autonomía progresiva.	319
2.1. Consideraciones generales	319
2.2. Un escenario complejo: el ejercicio de derechos sobre el propio cuerpo por niños, niñas y adolescentes.	325
2.2.a) Principio de edad y madurez suficiente (art. 26, 2º párr.)	330
A) Comparecer en el proceso con asistencia letrada.	331
B) Conocer los orígenes en la adopción	331
C) Participar en carácter de parte en su proceso de adopción	331

D) Demandar alimentos a sus progenitores.	332
E) Actuar en juicio	332
F) Ejercer acciones filiales	332
G) Uso del apellido	332
H) Determinación del apellido en la adopción simple. ...	333
I) Determinación del apellido en la adopción plena ...	333
2.2.b) Actos y decisiones en salud: el consentimiento informado y las personas menores de edad	333
2.2.c) Los adolescentes y la autonomía para la toma de decisiones. Calificación de actos médicos y decisiones en salud (art. 26, 4º párr.).....	337
A) Prácticas y decisiones en materia de salud sexual ...	340
B) Otros actos comprendidos en la télisis del artículo 26, 4º párrafo	343
2.2.d) Actos “invasivos” e integración del consentimiento del adolescente (art. 26, 5º párr.).....	343
A) Intervenciones invasivas.	344
B) Criopreservación de material genético.	345
C) Aplicación de tatuajes o <i>piercings</i>	345
D) Autorización para celebrar matrimonio	345
E) Contratos por servicios de los hijos menores de 16 años	346
F) Ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes.	346
G) Actos que exigen el consentimiento de ambos progenitores	346
2.2.e) Actos de cuidado al propio cuerpo –no invasivos– (art. 26, 6º párr.).....	347
A) Salud sexual	349
B) Interrupción voluntaria del embarazo de la joven mayor de 16	349
C) Extracción de sangre.	349
D) Donación de material genético.	350
E) Participación en protocolos de investigaciones médicas	351
F) Cirugías estéticas no reparadoras	353

G) Uso de camas solares	353
H) Aplicación de <i>piercings</i> y tatuajes	354
I) Celebración de matrimonio	354
J) Celebración de contratos para prestación de servicios	355
K) Hijo mayor de 16 años con título habilitante	355
L) Opción por el régimen patrimonial de bienes en el matrimonio.	355
M) Unión convivencial.	355
N) Capacidad para testar	355
Ñ) Emancipados mayores de 16 años	355
2.2.f) Las leyes especiales.	356
A) Ablación e implante de órganos	356
B) Identidad de género	357
C) Ligadura tubaria o vasectomía	361
D) Directivas anticipadas.	362
2.2.g) Adolescencia y salud mental. Internación de personas menores de edad	367
3. Ejercicio de la responsabilidad parental	373
3.1. Consideraciones generales	373
3.2. Punto de partida: tres conceptos diferenciados	375
3.3. El ejercicio de la responsabilidad parental	379
3.3.a) La presunción legal	384
3.3.b) Casos que exigen consentimiento expreso	386
3.4. El cuidado personal del hijo	388
3.4.a) La regla y su primera excepción	390
3.4.b) Una segunda excepción.	392
3.4.c) Las pautas para decidir a qué progenitor otorgar el cuidado unipersonal	393
3.5. El tema de los desacuerdos.	395
3.6. Régimen de comunicación	400
3.7. La participación del hijo en la toma de decisiones en relación con las funciones de cuidado personal	404
3.7.a) La opinión del niño o adolescente	405
3.7.b) Niño o adolescente como parte procesal.	407

3.8. Propuestas de solución para los conflictos de Derecho transitorio	410
3.9. Breves conclusiones preliminares	412
4. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.....	413
4.1. La inclusión expresa de la guarda como institución en la nueva normativa.....	413
4.2. La guarda en favor de parientes y la exclusión de los terceros vinculados socioafectivamente.....	418
5. Alimentos	425
5.1. Preliminares	425
5.2. Principios generales del derecho alimentario de los hijos.....	426
5.2.a) El derecho a los alimentos es un derecho humano y tiene carácter prioritario.....	427
5.3. El derecho a la coparentalidad y la responsabilidad alimentaria de ambos padres	430
5.4. El niño y adolescente como sujeto de derechos con autonomía progresiva	431
5.5. La perspectiva de género en la relación alimentaria entre padres e hijos	431
5.6. El respeto por el pluralismo y la obligación alimentaria en las diversas formas familiares.....	432
5.7. La tutela judicial efectiva del derecho alimentario	433
5.8. Las diferentes clases de obligación alimentaria a los hijos.....	435
5.8.a) Alimentos debidos a los hijos menores de edad (art. 658).....	435
A) Caso de cuidado unipersonal del hijo.....	436
1) Legitimación	436
2) Contenido	437
3) Prueba	438
4) Pautas para la fijación	439
B) Caso de cuidado compartido	442
1) Progenitores con recursos semejantes.....	443
2) Progenitores con recursos diferentes. Garantía del hijo de gozar el mismo nivel de vida en ambos hogares	444

5.8.b)	Responsabilidad alimentaria de los progenitores frente a los hijos mayores de edad (18 a 21 años)	445
A)	Legitimación.	446
B)	Contenido	454
C)	Prueba.	455
D)	Cese	456
5.8.c)	Hijos mayores de 21 a 25 años que se capacitan	458
A)	Legitimación.	460
B)	Contenido	462
C)	Extremos a probar	464
D)	Cese	466
5.8.d)	Alimentos para la mujer embarazada (art. 665)	466
A)	Legitimación.	467
B)	Contenido	468
C)	Extremos a probar	468
5.9.	Retroactividad de los alimentos	469
5.10.	Derecho a reembolso	470
6.	El nombre de los hijos.	472
6.1.	Consideraciones generales	472
6.2.	El apellido de los hijos. La eliminación de preferencias de género en el CCyC	474
6.3.	La autonomía progresiva del hijo en la determinación de su identificación.	480
6.4.	El cambio de nombre y los “justos motivos” para su modificación.	483
7.	Representación, disposición y administración de los bienes de los hijos menores de edad.	500
7.1.	Representación de las personas menores de edad. Actuación procesal de los niños, niñas y adolescentes	500
7.2.	La participación personal de niños, niñas y adolescentes en los procesos	502
7.3.	Actuación con asistencia letrada	508
7.4.	El rol del Ministerio Público	512
7.5.	Administración de los bienes de los hijos menores de edad	521

8. Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.	529
8.1. Consideraciones generales	529
8.2. La privación de responsabilidad parental por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo	531
8.3. La declaración de la situación de adoptabilidad del hijo	532
9. Progenitores adolescentes.	538
9.1. Consideraciones generales	538
9.2. Los progenitores adolescentes en la doctrina.	541
9.3. Algunas consideraciones jurídicas	545
9.3.a) Ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes como regla	545
9.3.b) El rol complementario de los abuelos por omisión en el cuidado, salud y educación del nieto	553
9.3.c) El rol complementario de los abuelos en los actos de trascendencia para la vida del nieto	558
9.3.d) El rol de los progenitores adolescentes en la adopción.	562
9.3.e) Actos de trascendencia para la salud del nieto	568
9.4. Del régimen especial al régimen general de coparentalidad ...	571
9.5. Políticas públicas focalizadas.	574
9.6. Palabras finales.	578
10. Familia ensamblada	579
10.1. Consideraciones generales	579
10.2. Fuerte aceptación doctrinaria	590
10.3. La familia ensamblada en la jurisprudencia.	598
10.4. Algunos conflictos jurídicos que se podrían presentar	600
10.4.a) Cuidado personal y ejercicio de la responsabilidad parental.	600
A) Actos de la vida cotidiana	600
B) Delegación y ejercicio conjunto de la responsabilidad parental	607
C) Entrecruzamiento con otras figuras jurídicas.	609
10.4.b) Alimentos	612
10.4.c) Vivienda	621
10.4.d) Familia ensamblada, adultez y parentesco	624
10.4.e) Ensamble y responsabilidad civil	625

10.4.f) Familia ensamblada y Derecho Penal	628
A) Tipicidad penal y ensamble	628
10.4.g) ¿Femicidio y privación de la responsabilidad parental? . . .	633
10.5. Conclusiones provisorias	635

CAPÍTULO XI

PROCESOS DE FAMILIA

1. Principios procesales	641
1.1. El proceso de familia desde la perspectiva de la convencionalidad	641
1.2. El alcance de la aplicación de los principios procesales de familia	645
1.3. Tutela judicial efectiva reforzada	647
1.4. Flexibilización del formalismo. Las formas con sentido: el principio <i>pro personæ</i>	652
1.5. Oralidad con inmediatez sin delegación	656
1.6. Buena fe y lealtad procesal	658
1.7. Oficiosidad: la suplencia de queja	663
1.8. La resolución pacífica de los conflictos	666
1.9. Mirada precisa: Jueces especializados y abordaje interdisciplinario	671
1.10. El interés superior del niño, niña o adolescente	674
1.11. Acceso limitado al expediente	679
1.12. Principios probatorios	681
2. Acciones de estado de familia	683
2.1. Breve ensamble de la actualización sobre acciones de estado de familia	683
2.2. Los caracteres de las acciones de estado en tiempos de la constitucionalización de derechos y del proceso	685
2.2.a) Imprescriptibilidad, caducidad y tutela judicial efectiva	687
2.2.b) El inicio oficioso del juicio de adopción	693
2.3. Acciones de estado y modos anormales de terminación del proceso	695

2.4.	Relatividad de la cosa juzgada de la sentencia que rechaza la acción de filiación por orfandad probatoria	702
3.	Reglas de competencia	706
3.1.	La competencia como reaseguro de la tutela judicial efectiva.	706
3.2.	El centro de vida	709
3.3.	Ilicitud del centro de vida. Vías de hecho	714
3.4.	Determinación de la competencia para los conflictos derivados de las uniones convivenciales	718
3.5.	Competencia en las acciones de filiación. El caso de la acción <i>post mortem</i>	721
4.	Medidas provisionales.	726
4.1.	Introducción	726
4.2.	Competencia para disponer las medidas provisionales	726
4.2.a)	Conexidad.	726
4.2.b)	Procesos en que intervienen menores de edad. Centro de vida	727
4.2.c)	Violencia familiar.	728
4.2.d)	Domicilio de los litigantes	729
4.3.	Medidas provisionales relativas a las personas	729
4.3.a)	Respecto de los hijos	729
A)	Vivienda. Menores de edad	729
B)	Alimentos	730
1)	Tratamientos psiquiátricos y psicológicos del menor de edad	730
2)	Restricción de salida del país	731
3)	Embargo de pensión por invalidez	734
4)	Cuota alimentaria	735
4. 4.	Medidas provisionales relativas a los bienes	744
4.4.a)	Competencia.	744
4.4.b)	Embargo. Indemnización. Cuentas bancarias	745
4.4.c)	Embargo. Bienes muebles	747
4.4.d)	Inhibición general de vender y/o gravar bienes muebles y semovientes	749
4.4.e)	Atribución del hogar.	750
4.5.	Conclusiones.	750

CAPÍTULO XII

EL CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA LA JUSTICIA DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

1. Introducción	753
2. Principios y reglas básicas	754
3. Los procesos especiales de familia	759
3.1. Consideraciones generales	759
3.2. Proceso de alimentos	761
3.2.a) Principios rectores	762
3.2.b) Legitimación	762
3.2.c) Otras consideraciones	764
3.2.d) Alimentos provisorios	766
3.2.e) Alimentos definitivos	768
3.3. Proceso de divorcio	769
3.3.a) Competencia	771
3.3.b) Legitimación	771
3.3.c) Requisitos para la presentación: la propuesta	771
3.3.d) Divorcio bilateral: trámite	772
3.3.e) Divorcio unilateral: trámite	773
3.3.f) Inscripción de la sentencia	774
3.3.g) Medidas provisionales	774
3.3.h) Recursos	775
3.4. Proceso de adopción	776
3.4.a) Etapas procedimentales	776
3.4.b) Consentimiento de los padres	780
3.4.c) Registro de adoptantes	780
3.5. Proceso de violencia familiar	781
3.5.a) Introducción	781
3.5.b) Juzgados especializados y equipos multidisciplinarios	781
3.5.c) Competencia	782
3.5.d) Ámbito de aplicación personal: grupo familiar	783

3.5.e)	Procedimiento. Aspectos civiles	784
A)	Legitimación activa	784
1)	Personas plenamente capaces	784
2)	Persona menor de edad y persona con capacidad restringida	784
3)	Persona declarada incapaz	785
B)	Obligación de denunciar, protección de los denunciantes.	785
C)	Trámite de la denuncia	786
D)	Medidas protectorias	788
3.5.f)	Procedimiento. Aspectos penales	791
3.6.	Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad	793
3.6.a)	Reglas atinentes al proceso	793
A)	Disposiciones generales: legitimación, asistencia letrada, medidas protectorias, participación del Ministerio Público	796
B)	El principio de inmediación en los procesos de restricción de la capacidad, incapacidad y cese, y su relación con la competencia territorial	803
C)	Procedimiento.	807
1)	Requisitos sustanciales de la presentación	807
2)	Audiencia preliminar de admisibilidad.	810
3)	Declaración de admisibilidad o desestimación.	811
4)	Del informe probatorio interdisciplinario. Una mirada inclusiva de la persona a su contexto	812
5)	Contenido de la sentencia. Aspectos comunes. Apoyos	814
6)	Sentencia que declara la incapacidad. Apelación. Consulta	816
7)	Revisión de la sentencia y de las designaciones. Registración	818
D)	Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad	822

CAPÍTULO XIII

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y RELACIONES DE FAMILIA

1. Derecho Internacional Privado y relaciones de familia	825
2. Procedimiento: igualdad de trato en casos con elementos extranjeros.	826
3. La gestación por sustitución desde la perspectiva de DIPr.	828
4. La adopción internacional: cooperación para su constitución en el extranjero cuando el niño adoptado residirá en nuestro país	828
4.1. Adopciones internacionales salientes.	829
4.2. Adopciones internacionales entrantes: su inserción en nuestro ordenamiento jurídico y el deber de cooperación de los jueces argentinos	830
5. La responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños en la fuente internacional argentina	838
5.1. Palabras introductorias	838
5.2. El Convenio. Sus aportes	839
5.2.a) Delimitación del término “responsabilidad parental”.	841
5.2.b) Objeto	842
5.2.c) Ámbito de aplicación (Capítulo I)	843
A) Espacial.	843
B) Material.	843
C) Personal	845
5.2.d) Competencia: regla general y excepciones. Conflictos de competencia (Capítulo II).	845
A) Regla general	845
B) Niños refugiados, desplazados o sin residencia habitual	847
C) Desplazamiento o retención ilícita	847
D) Transferencia de jurisdicción	848
E) Jurisdicción del foro del divorcio.	850
F) Competencia de urgencia y medidas provisionales.	850
G) Conflicto de competencia concurrente, litispendencia internacional y cambio de circunstancias	853

5.2.e)	Ley aplicable (Capítulo III).	854
A)	Regla general	854
B)	Responsabilidad parental de pleno derecho por acuerdo o acto unilateral	856
C)	Protección de terceros.	857
D)	Otras cuestiones relativas a la ley aplicable: universalidad, reenvío y orden público	858
5.2.f)	Reconocimiento y ejecución. Reconocimiento anticipado (Capítulo IV)	859
5.2.g)	Cooperación	862
5.2.h)	Disposiciones generales y cláusulas finales	864
5.3.	Reflexiones	866
6.	Restitución internacional de niños. Jurisprudencia posterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Problema pendiente: las demoras en los procedimientos	867
6.1.	Introducción	867
6.2.	Los aportes del artículo 2642 del CCyC	867
6.2.a)	Principios generales y cooperación.	868
6.2.b)	Ejecución de decisiones: soluciones amigables y regreso seguro	872
6.2.c)	Medidas anticipadas de protección	873
6.3.	Jurisprudencia posterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial	874
6.3.a)	Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Familia de Lomas de Zamora, sala I, 12-8-2015, “R. C. A. E. c/G. A. A. s/Exhortos y oficios”	874
6.3.b)	Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 27-10-2015, “S. A. R. U. s/Restitución internacional”	875
6.3.c)	Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala primera, 3-12-2015, “G. L. en J° 13-00704210-2 (010302-50720) G. L. por su hijo T. G. P. por restitución s/Familia p/Rec. ext. de inconstit. Casación”	878
6.3.d)	CSJN, 22-12-2015, “R., M. A. c/F., M. B. s/Reintegro de hijo”	880
6.4.	Reflexiones	885

7. El cobro de alimentos en casos con elementos extranjeros. Aprovechamiento de los recursos de DIPr en beneficio del alimentado.	887
7.1. Algunas disposiciones de DIPr.	887
7.2. El caso: 1ª Cámara de Apelaciones, 2ª Circunscripción Judicial de Mendoza, N° 27.523/541-14-1F, 19-8-2015, “F., M. C. c/K., M. p/Alimentos provisorios, compulsa”	891
7.2.a) Los hechos del caso.	891
7.2.b) Razonamiento en torno a la atribución de jurisdicción	892
7.2.c) Razonamiento en torno al Derecho aplicable	892
7.2.d) Determinación del contenido del Derecho a aplicar (el alemán)	894
7.2.e) Otra vuelta más	895
7.3. Reflexiones	896