

## **EXCMO. TRIBUNAL DE FAMILIA**

### **ALIMENTOS-OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

El art. 541 del C.C. y C., establece que la obligación de alimentos derivados del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad comprende, además, lo necesario para la educación.

Bien es sabido -conforme reiterada doctrina de este Tribunal- que la fijación de la cuota alimentaria depende de la valoración del conjunto de circunstancias que concurren en cada caso y que el Juez debe apreciar con prudencia y objetividad, es por ello que debe evaluarse la edad, posición social y educación del alimentado y del alimentante.

Causa: “C., L.Y.V. c/G., O. s/Alimentos” -Fallo N° 06/16- de fecha 01/02/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **ALIMENTOS-CUIDADO PERSONAL : ALCANCES; EFECTOS**

Cuando se habla de cuidado personal se hace referencia a la convivencia con el niño, reconociéndole valor económico a las tareas cotidianas de atención del hijo (aseo, alimentación, vestido, entretenimiento y fundamentalmente vigilancia y comunicación) encuadrándose esta valoración con la factibilidad del pago en especie (art. 659 del C.C. y C.) reconociendo de esta forma entidad asistencial alimentaria a estas acciones diarias que realiza el progenitor que convive con el niño.

Causa: “C., L.Y.V. c/G., O. s/Alimentos” -Fallo N° 06/16- de fecha 01/02/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **ALIMENTOS-OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS : IMPROCEDENCIA**

Del análisis de las pruebas rendidas en autos surge claramente que la progenitora tiene recursos más que suficientes para afrontar la crianza de su hijo en forma responsable como así también surge que los abuelos poseen recursos ínfimos comparados con los de la progenitora, tienen las dolencias propias de la edad y sus ingresos son de subsistencia. El Derecho no está construido y comprendido únicamente por la norma legal sino que la misma debe ser interpretada y aplicada desde una visión integral del Derecho, teniendo presente los principios de equidad, justicia y razonabilidad.

Causa: “D., F.E. c/T., M.A. y otra s/Alimentos” -Fallo N° 11/16- de fecha 01/02/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **ALIMENTOS-OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS-FUNCIÓN DEL DERECHO : ALCANCES; IMPROCEDENCIA**

Coincido plenamente con la concepción filosófica jurídica expuesta por Ronal Dworkin

que el derecho no es solo un conjunto de normas, porque junto con estas normas existen principios y directrices. En este sentido, las directrices hacen referencia a objetivos sociales; los principios hacen referencia a la justicia y la equidad. Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado. El derecho no es solamente la norma jurídica, es más que ello, afirma concretamente que el derecho es más amplio, integrado de normas, directrices y principios rectores, y sobre todo debe ir enraizado con la moral, conformando de una manera un derecho completo.

El derecho no se agota con las normas jurídicas plasmada en el texto de la ley. El juez interpreta las estructuras normativas y dicta la norma individual para el caso particular. La eficacia del Derecho, el logro de los fines del Derecho, no depende únicamente de que existan las normas, sino que el derecho se adecue a la realidad, el derecho lo dice el juez con independencia de lo invocado por la parte.

Así, pretender que los abuelos paternos, quienes padecen dolencias propias de su edad que le generan mayores gastos y que cuentan con ingresos ínfimos para su subsistencia contribuyan con su nieto, nos colocaría en la insólita situación de perjudicar a personas mayores y enfermas en detrimento de las tutelas normativas incorporadas en la Constitución Nacional -arts. 14 bis, 75 inciso 23, ss. y ccs.-, razón por la cual, en función de los principios de equidad y justicia, entiendo que no corresponden los alimentos requeridos, dado que la progenitora posee suficientes recursos para afrontar su obligación principal ante su hijo.

Causa: “D., F.E. c/T., M.A. y otra s/Alimentos” -Fallo N° 11/16- de fecha 01/02/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **PRUEBA-PRUEBA DE INDICIOS : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES; EFECTOS**

El art. 163 inc. 5° C.P.C.C. regula la prueba indiciaria a partir de la presunción polindiciaria, vale decir, de aquella que se estructura a partir de una pluralidad convergente de hechos que individualmente no permiten argumentar la existencia del hecho objeto de la prueba, de modo que algunos sostienen que la prueba de presunciones, pasa ser entonces tal o, cuando menos, eficaz, debe fundarse en hechos reales y probados susceptibles de producir convicción por su número, precisión, gravedad y concordancia.

En cuanto a la eficacia que cuadra atribuir a la prueba indiciaria, tanto sea que la presunción se elabore a partir de un solo hecho o que se derive de una pluralidad de ellos, la misma puede servir de plena prueba, sujeta a la valoración del juez.

Causa: “M., R.E. c/I., F.D. s/Filiación” -Fallo N° 33/16- de fecha 03/02/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga, María Eugenia García Nardi.

### **FILIACIÓN-PRUEBA-MEDIOS DE PRUEBA : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

El objeto esencial de la prueba en estos juicios será la comprobación de la existencia o inexistencia del vínculo biológico o de los hechos que permiten presumirlo o descartarlo,

cobrando singular importancia la prueba pericial, particularmente, la pericia genética contemplada por la Ley N° 23.511 (actualmente incorporada al Código Civil y Comercial), la prueba testimonial, en el caso, los testimonios de familiares y amigos e incluso lo “de oídas” y, por supuesto, la prueba indiciaria exigiéndose, por otra parte, el mayor aporte probatorio posible de ambas partes, con el objeto de formar la convicción del juez con un subsecuente criterio de amplitud en su favor, tomando en cuenta que los hechos que constituyen el objeto de la prueba constituyen *difficilioris probationes*.

Causa: “A., L.P. c/P., H.D. s/Filiación” -Fallo N° 34/16- de fecha 03/02/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga, María Eugenia García Nardi.

### **FILIACIÓN-PRINCIPIO DE BUENA FE PROCESAL-PRINCIPIO DE NO CONVALIDACIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES; EFECTOS**

En los procesos filiatorios, se ha dicho, cobran gran trascendencia los imperativos de cooperación y colaboración de las partes en el proceso y los principios de buena fe y de no convalidación del ejercicio abusivo del derecho (arts. 9, 10 y 11 Código Civil y Comercial), que también rigen para los actos procesales, justificando su inobservancia la aplicación del apercibimiento contemplado en el art. 579 del Código Civil y Comercial, el cual incorporó el art. 4 de la Ley N° 23.511, máxime cuando el accionado se encuentra en posesión del medio de prueba, en mejores condiciones fácticas para aportar los elementos conducentes para resolver.

Causa: “A., L.P. c/P., H.D. s/Filiación” -Fallo N° 34/16- de fecha 03/02/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga, María Eugenia García Nardi.

### **FILIACIÓN-RESPONSABILIDAD DEL RECONOCIENTE-RESPONSABILIDAD CIVIL : RÉGIMEN JURÍDICO; REQUISITOS; PROCEDENCIA**

El art. 587 del Código Civil y Comercial es la primer norma que consagra la responsabilidad del progenitor que ha omitido reconocer voluntariamente al hijo cuando se encuentren reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código.

Partiendo de la premisa que el niño tiene un derecho expreso a ser reconocido por su progenitor, su omisión constituye un actuar ilícito, siendo contrario a derecho omitir reconocer infundadamente al hijo. El perjuicio se deriva del precepto básico del derecho de daño como lo es el “*alterum non laedere*” (art. 19 de la Constitución Nacional). La negativa voluntaria a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que genera la obligación de reparar, a condición de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil (Conf. Medina, Graciela, “Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998”, en Revista de Derecho de daños, Rubinzal-Culzoni, N° 6, p. 90).

Es decir que no basta con el no reconocimiento para generar la responsabilidad sino que, además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar, es decir que la falta de

reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

Causa: "A., L.P. c/P., H.D. s/Filiación" -Fallo N° 34/16- de fecha 03/02/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga, María Eugenia García Nardi.

### **ALIMENTOS-OBLIGACIÓN DE LOS PADRES-MONTO DE LA CUOTA : DETERMINACIÓN**

Reiteradamente este Tribunal ha dicho que, tratándose de hijos menores, la obligación alimentaria es una consecuencia de los deberes y obligaciones de la responsabilidad parental y pesa sobre ambos progenitores por igual, sin perjuicio de la adecuación de la cuota a cargo de uno y otro que en cada caso corresponde hacer.

Conforme al art. 658 del Código Civil y Comercial, ambos padres tienen la obligación y el deber de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

Por lo tanto a fin de evaluar el quantum debe tenerse en cuenta entonces el trabajo que desarrolla cada uno, o el que puede desarrollar, la capacitación con que cuentan, título profesional, oficio, actividades ya cumplidas, nivel de educación, los bienes ya fructíferos que cada uno posee, los bienes de capital improductivos que podrían convertirse en bienes fructíferos, la vivienda con que cuentan, el estado de salud de cada uno en la medida que influye en su posibilidad de obtener ingresos y le demande gastos para la atención de sus propias dolencias, etcétera (Bossert, "Régimen jurídico de los Alimentos", pág. 194, Ed. Astrea).

Causa: "A., M.A. c/F.B., A.N. s/Alimentos" -Fallo N° 35/16- de fecha 04/02/16; firmante: Dra. Vanessa Jenny Andrea Boonman-Juez subrogante-.

### **ALIMENTOS-CUOTA ALIMENTARIA-VACACIONES DE LOS HIJOS-REDUCCIÓN PROPORCIONAL DE LA CUOTA : ALCANCES**

La cuota alimentaria está destinada a cubrir distintos rubros, algunos de los cuales son fijos y permanentes, y el progenitor que tiene la guarda los debe enfrentar igualmente en la época de vacaciones cuando los hijos están con el otro padre (por ej. gastos de luz, gas, expensas, impuestos del inmueble en que habitan).

En ese orden de ideas, tal como lo sostiene la doctrina el alimentante tiene derecho a una reducción proporcional de la cuota por el tiempo que los hijos convivan con él -siempre que se trate de un período prolongado como una quincena o mes- en la medida que estén destinados a cubrir en esa época por ejemplo los gastos de alimentos, transporte, esparcimiento (Bossert, "Régimen jurídico de los Alimentos", págs. 217/218, Ed. Astrea).

Causa: "A., M.A. c/F.B., A.N. s/Alimentos" -Fallo N° 35/16- de fecha 04/02/16; firmante: Dra. Vanessa Jenny Andrea Boonman-Juez subrogante-.

### **DERECHO ALIMENTARIO-CESACIÓN : RÉGIMEN JURÍDICO**

Antes de la reforma se discutía si las causales de cesación del derecho alimentario previstas en los artículos 210 y 218 del Código Civil se aplicaban también al caso de los

alimentos fijados durante la separación de hecho. Para unos, estas causales resultaban extensivas al supuesto no previsto por la ley -separación de hecho-; para otros, en cambio, por tratarse de la extinción del derecho, no se aplicaba. El Código Civil y Comercial resolvió la cuestión, conteniendo la enumeración expresa de las causales de cesación del derecho alimentario durante la vida en común y la separación en el art. 433 último párrafo.

El art. 434 reitera las causales de cesación de la obligación alimentaria enumeradas en el art. 433, que deben analizarse con la especificidad propia de la situación que en el divorcio implica.

Causa: “J., E.B. s/Apelación” -Auto Interlocutorio N° 120/16- de fecha 10/03/16; firmantes: Dras. Alicia Alvarenga, Viviana Karina Kalafattich.

### **JUSTICIA DE PAZ-COMPETENCIA EN CUESTIONES DE FAMILIA : ALCANCES**

Está expresamente prohibido a los Jueces de Paz de Menor Cuantía y a los Delegados Vecinales realizar autorizaciones para viajar a menores de edad con terceros, pudiendo únicamente autorizar cuando el menor viaje con alguno de sus padres o encargados de la custodia judicial. Así también está expresamente prohibido incluir toda referencia a trámites o toda cuestión referente a guardas con vías de adopción, tenencia, etc. porque es de competencia de los tribunales especiales de menores o familia. Esta prohibición fue dispuesta mediante Acordada 2366 de fecha 16/06/2004 (punto 12) y la Instrucción N° 06/04 para la Justicia de Paz, considerándose una falta grave su incumplimiento.

Causa: “A., H.N. y L., P.A. c/A., C.F. y otros s/Apelación Jdo. Civil, Comercial del Trabajo y de Menores -Las Lomitas-” -Auto Interlocutorio N° 121/16- de fecha 10/03/16; firmantes: Dras. Alicia Alvarenga, Viviana Karina Kalafattich.

### **GUARDA JUDICIAL : FUNCIÓN**

La guarda judicial es un instituto de carácter altruista, y que de otorgarse no desobliga a los progenitores de su responsabilidad parental.

Causa: “A., H.N. y L., P.A. c/A., C.F. y otros s/Apelación Jdo. Civil, Comercial del Trabajo y de Menores -Las Lomitas-” -Auto Interlocutorio N° 121/16- de fecha 10/03/16; firmantes: Dras. Alicia Alvarenga, Viviana Karina Kalafattich.

### **AUDIENCIA-ACTOS PROCESALES-RECURSO DE REPOSICIÓN- OPORTUNIDAD PROCESAL : ALCANCES**

Cuando una resolución es dictada en el transcurso de una audiencia el recurso de reposición debe interponerse verbalmente y en ese mismo acto, es decir que este remedio procesal es el único en el cual no existen etapas de interposición y fundamentación separadamente como ocurre en todos los demás.

Debo destacar que la revocatoria con apelación en subsidio para el caso de interponerse en la audiencia se expresa en un único momento.

Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación, por cuanto el

recurso de reposición con apelación en subsidio no fue deducido ni fundado en la misma audiencia, resultando extemporánea su presentación posterior, resultando en consecuencia improcedente su posterior deducción y concesión.

Causa: “B., A.D.C. c/J., C.A. s/Apelación - Juzgado de Menores - Clorinda” -Auto Interlocutorio N° 131/16- de fecha 15/03/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, María Eugenia García Nardi, Vanessa Jenny Andrea Boonman.

### **RESPONSABILIDAD PARENTAL-PRINCIPIOS RECTORES : ENUMERACIÓN**

El Código Civil y Comercial en el instituto de la responsabilidad parental establece cuatro principios rectores que son: el principio de igualdad de los deberes y derechos de los padres frente al ejercicio y la titularidad sin distinción ni de sexo, ni de origen matrimonial; el principio de la capacidad progresiva del niño; y el principio del interés superior del niño; el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Causa: “B., A.D.C. c/J., C.A. s/Apelación - Juzgado de Menores - Clorinda” -Auto Interlocutorio N° 131/16- de fecha 15/03/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, María Eugenia García Nardi, Vanessa Jenny Andrea Boonman.

### **CURATELA-DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD-CRITERIO RESTRICTIVO : ALCANCES**

Para declarar la incapacidad o inhabilidad se requiere la concurrencia del factor psiquiátrico (la enfermedad mental) y el social (incidencia de aquél en la vida de relación), en cuanto a la falta de aptitud para dirigir la persona y administrar los bienes. La necesaria existencia del factor psiquiátrico impide absolutamente la declaración de incapacidad si no existe la enfermedad mental (cfr. C. Nac. Civil. Sala I, Expte. N° 132.503 “F., L. s/Insania” 27/05/05). Pero aún cuando exista la dolencia, para la declaración referida, ésta debe ser grave. Esa gravedad debe ser estimada en función de la incidencia que el padecimiento pueda tener en el gobierno de las conductas de quien la sufre (cfr. Rivera, Julio César, Instituciones del Derecho Civil, Parte General. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2004 3ª edición actualizada, T° I, pág. 454, núm. 459).

Por lo tanto, no puede ponerse en duda el criterio restrictivo con que debe apreciarse la aplicación de las normas que importan una restricción o afectación a la capacidad jurídica de las personas, pero ello no puede conducir a no adoptar una medida que tienda a protegerlos, por ello en atención a lo dispuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a fin de preservar la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, corresponde rechazar el pedido de curatela o de inhabilitación y fijar un sistema de apoyo de conformidad al art. 43 del Código Civil y Comercial.

Causa: “O., J.M. s/Curatela” -Fallo N° 321/16- de fecha 27/04/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **CURATELA-SISTEMA DE APOYOS : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

Los apoyos constituyen ajustes “a medida” por eso la Convención no enumera sus clases y formas, aunque si impide los sistemas representativos clásicos, incluso en relación a quienes necesitan un soporte más intenso. Justamente en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades. Como se ejerza tal apoyo se determinará en función de cuanto se limite o gradúe la asistencia -no la capacidad-.

El primer párrafo del art. 43 del CcyC. señala que “se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”.

Causa: “O., J.M. s/Curatela” -Fallo N° 321/16- de fecha 27/04/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **CURATELA-SISTEMA DE APOYOS : CARACTERES**

Siendo que la presunción de base es la capacidad que toda persona posee para tomar sus decisiones pueden observarse diferentes niveles de apoyos; un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus decisiones como podrían serlo las relaciones con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación.

Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia.

El apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos apoyos prestados por la familia -arts. 4º, 5º y 23 Convención de las Personas con Discapacidad- y el apoyo asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud, educación, finalmente, jurídica).

Es así que - el sistema de Apoyos - consiste en acompañar y asistir en la toma de las propias decisiones, con los recursos propios y los del entorno, y debe colaborar en generar las condiciones necesarias para el desarrollo del proyecto de vida, promoviendo su autonomía. Esta pauta es la diferencia del modelo tutelar, que pone a la persona que padece una enfermedad mental en un rol pasivo por lo que se debe realizar una valuación de su capacidad jurídica y evaluar las posibilidad del ejercicio de derechos, e identificar aquellas situaciones para las cuales el actor necesitaría asistencia (de manera transitoria o permanente para la toma de decisiones, pues no adolece de una incapacidad de entender en forma absoluta.

El objetivo no es la “protección” de la persona sino la “promoción” de sus derechos (“...que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones”); lo que se ha cumplido ampliamente en el presente proceso.

Causa: “O., J.M. s/Curatela” -Fallo N° 321/16- de fecha 27/04/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **CURATELA-DECLARACIÓN DE CAPACIDAD RESTRINGIDA : ALCANCES**

La declaración de capacidad restringida se dicta en resguardo de los intereses del denunciado y los gastos ocasionados por la sustanciación del proceso deben recaer sobre el patrimonio de aquél, salvo que rechazada la denuncia la conducta observada por el denunciante justifique la solución contraria, es decir, que sea éste el que soporte la correspondiente condena en costas.

Causa: “O., J.M. s/Curatela” -Fallo N° 321/16- de fecha 27/04/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **UNIÓN CONVIVENCIAL-VIVIENDA FAMILIAR : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

Tratándose de uniones convivenciales como la que mantenían las partes, el art. 526 del CCyC contiene una protección especial de la vivienda y ante la ruptura o cese de la convivencia la vivienda puede ser atribuida si uno de los convivientes tiene a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad; si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

Causa: “B., N.H. c/P., G.R. s/Violencia familiar (O.V.I.)” -Auto Interlocutorio N° 193/16- de fecha 12/08/16; firmante: Dra. Viviana Karina Kalafattich.

### **ALIMENTOS-CUOTA ALIMENTARIA-ACTUALIZACIÓN**

Es sabido, y como pacíficamente viene sosteniendo este Tribunal que la cuota alimentaria se actualice conforme los aumentos que percibe la Administración Pública Provincial por resultar un índice que se ajusta a la realidad económica de la Provincia.

Dicho criterio obedece a dos razones, en primer término porque el Estado Provincial otorga aumentos teniendo en cuenta la depreciación monetaria y a cuanto asciende la canasta familiar de la Provincia; y en segundo término cuando se otorgan dichos aumentos es de público y notorio conocimiento, por lo tanto dicho criterio beneficia al interés superior del niño (art. 3 CDN).

Causa: “C., L.B. c/M., H.O. s/Juicio de alimentos” -Auto Interlocutorio N° 35/16- de fecha 04/02/16; firmantes: Dras. Alicia Alvarenga, María Eugenia García Nardi.

### **SORDOMUDOS-CURATELA-DECLARACIÓN DE CAPACIDAD RESTRINGIDA : RÉGIMEN JURÍDICO**

El derogado art. 153 del Código Civil disponía que los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no pueden darse a entender por escrito; y el art. 155 disponía que “El examen tiene por objeto verificar si la persona sabe darse a entender por escrito, si no pudiera expresar la voluntad de ese modo, los médicos examinarán si padece de enfermedad mental que le impida dirigir su

persona o administrar sus bienes...”.

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ha derogado las normas mencionadas, y la incapacidad es el supuesto de excepción, ha eliminado las etiquetas o calificaciones preexistentes “sordomudos que no saben darse a entender por escrito”; “dementes”; “disminuidos en sus facultades mentales”, y reemplaza ello por enunciaciones genéricas: alteración mental y adicción.

Causa: “J., S. s/Restricción de la capacidad (curatela)” -Auto Interlocutorio N° 340/16- de fecha 02/05/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **SORDOMUDOS-CURATELA- DECLARACIÓN DE CAPACIDAD RESTRINGIDA : CARACTERES; ALCANCES**

El último párrafo del art. 32 prevé la incapacidad exclusivamente para el caso en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

A su turno, y aún admitida como opción viable, el Código exige también un criterio objetivo, que excede a un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social. Lo que se califica es la “situación” de la persona: absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. La imposibilidad no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma.

Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo entonces la figura de un curador que ejerza representación pura (Cfr. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso -Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado - págs. 78/85).

La incapacidad de los “sordomudos que no puedan darse a entender por escrito” (art. 153 Código Civil) fue eliminada, quedando fuera de toda restricción cualquier presunta incapacidad derivada de una discapacidad física y/o sensorial que suponga sólo una limitación -o diferencia- en la comunicación o en la manifestación de la voluntad, integrable por otros medios, modalidades o formatos adecuados.

Causa: “J., S. s/Restricción de la capacidad (curatela)” -Auto Interlocutorio N° 340/16- de fecha 02/05/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **DERECHO ALIMENTARIO-SEPARACIÓN DE HECHO-DIVORCIO : ALCANCES; CARACTERES**

La obligación alimentaria entre esposos emerge de un acto jurídico como el matrimonio y se funda en el principio de asistencia mutua que se deben recíprocamente los cónyuges. El art. 198 del Código Civil de Velez Sársfield señalaba genéricamente que los esposos se debían mutuamente asistencia y alimentos, entre otros derechos personales.

Ahora bien, la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

(Ley 26.994) introduce modificaciones al respecto y es así que en su art. 432 establece que: “Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes. Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles”. Por otro lado el art. 433 establece las pautas para la fijación de alimentos durante la vida en común y la separación de hecho; y el art. 434 sobre los alimentos posteriores al divorcio.

El derecho alimentario, para el separado de hecho cesa si desaparece la causa que lo motivó o el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial o incurre en alguna de las causas de indignidad (art. 433 último párrafo del CcyC); para el caso de los divorciados cesa si desaparece la causa que lo motivó o la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad (art. 434 CcyC).

Causa: “F., P.O. c/A., S. s/Alimentos” -Fallo N° 376/16- de fecha 11/05/16; firmante: Dra. Viviana Karina Kalafattich.

#### **ALIMENTOS-RESPONSABILIDAD PARENTAL : ALCANCES**

La obligación alimentaria -derivada del ejercicio de la responsabilidad parental- pesa sobre ambos progenitores, y que no obstante la contribución que realiza en especie cuidando a la hija no puede desconocerse que las entradas propias de la madre también deben contribuir al mantenimiento.

Causa: “D., C.J.M. c/P., S.R. s/Juicio de alimentos - Inc. de ejec. de alimentos (P., S.R.)” -Auto Interlocutorio N° 450/16- de fecha 16/05/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

#### **CUIDADO PERSONAL-RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO : ALCANCES**

Si bien es cierto que el régimen de comunicación es un derecho incuestionable de los hijos concebido primordialmente en su beneficio por lo cual merece pleno resguardo no correspondiendo su suspensión sino en casos de demostrarse peligros ciertos que vulneren el interés del niño, éste puede restablecerse si han cesado las causas que dieron origen a su suspensión y el otorgamiento del cuidado personal al padre dada la naturaleza cautelar de la resolución que se recurre.

Cabe puntualizar, asimismo, que todo lo referente a cuestiones en que se encuentra involucrada la situación de menores de edad - respecto de la tenencia (hoy cuidado personal) o régimen de visitas (régimen de comunicación) - es de resolución provisional, toda vez que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana y de invocarse razones de entidad suficiente que incidan sobre el interés del menor, estas nuevas circunstancias darán lugar a transformaciones sustanciales (C. Nac. Civ., sala E, 22/10/1985, LL 1986 - R - 704, nro. 37.466-S).

Causa: “G., H.J. c/L., V.S. s/Tenencia -Inc. de varios - recursos de reconsideración (L., V.S.)” -Auto Interlocutorio N° 459/16- de fecha 17/05/16; firmantes: Dras. Viviana Karina

Kalafattich, Vanessa Jenny Andrea Boonman.

### **ALIMENTOS-OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS : ALCANCES; EFECTOS**

Corresponde señalar que los padres son los primeros encargados a satisfacer las necesidades de sus hijos. Colocar a los restantes parientes en una posición de igualdad de responsabilidades frente a un menor de edad significaría eximir a los padres de un deber de cumplimiento inexcusable.

El art. 668 del CcyC. incorporó una nueva norma “Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”.

La cuestión que usualmente se plantea es la relacionada con la determinación del punto en el cual se habilita la posibilidad de accionar contra los restantes parientes obligados.

El criterio por seguir debe ser equilibrado, pues una posición demasiado flexible a favor de la ampliación de los obligados podría favorecer la especulación y la desidia de los progenitores que se ampararían en la solvencia económica de los abuelos. Por otro lado, una postura sumamente restrictiva podría tornar ideal la satisfacción de las necesidades del menor de edad, llenando de obstáculos la concreción de su derecho.

Podríamos denominar esta postura como “subsidiariedad flexible”, que implica reconocer que se mantiene la prelación en el deber por parte de los progenitores, pero que a la vez entiende que el camino para acceder a los abuelos no debe ser tan complejo y arduo como para impedir o postergar innecesariamente el cumplimiento del derecho de los niños (Cfr. La obligación alimentaria a cargo de los abuelos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación - Autor: Bedrossian, Gabriel - 20/05/2016 - MJ-DOC-9886-AR | MJD9886).

Causa: “M., M. c/F., E.A. s/Alimentos” -Auto Interlocutorio N° 529/16- de fecha 26/05/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **NOMBRE-CAMBIO DEL NOMBRE : RÉGIMEN JURÍDICO; CARACTERES**

En el artículo 69 dispone que: “El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez”.

Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la raigambre cultural, étnica o religiosa; c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”.

Como puede advertirse, la nueva normativa establece en forma clara y precisa algunos de los supuestos que son considerados “justos motivos” para el cambio de nombre o

apellidos, otorgándole facultades al juez de la causa para determinar en el caso concreto, y según la prueba producida, si se configura un justo motivo para autorizar el cambio o supresión de un nombre o apellido.

Causa: “R., I.A. c/A., J. s/Varios” -Fallo N° 554/16- de fecha 14/06/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **NOMBRE-SUPRESIÓN DEL APELLIDO PATERNO : PROCEDENCIA**

Deviene procedente la supresión del apellido paterno y autorizar a plasmar en la documentación de las niñas su verdadera identidad, que está constituida más allá de la mera realidad genética o cromosómica.

En función de los principios reseñados, no resultaría constitucionalmente aceptable que se privilegie con fines estatales de mera conveniencia -la inmutabilidad relativa del nombre- que no pueden sino ceder ante derechos fundamentales como los que se acaban de explicitar, como lo es la identidad de las niñas que desde su nacimiento se han identificado con el apellido materno, por lo que corresponde suprimir el apellido paterno, debiendo rectificarse todos los instrumentos registrables y que en el futuro para todos los actos de la vida civil se identifiquen con el apellido materno “R.”

Causa: “R., I.A. c/A., J. s/Varios” -Fallo N° 554/16- de fecha 14/06/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **NULIDAD DE MATRIMONIO : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

El acto matrimonial es válido in totum o es inválido o ineficaz, también en forma total. De las normas dispuestas por la Ley 23.515 en el Código Civil y su reciente modificación, se advierte que contienen explícitamente distinción entre nulidad absoluta de matrimonio (art. 424) y nulidad relativa (art. 425).

Las causas de nulidad absoluta son los impedimentos de parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera sea el origen del vínculo art. 403 inc a) CCyC; el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales art. 403 inc. b) CCyC; afinidad en línea recta en todos los grados art. 403 inc. c) CCyC; el matrimonio anterior mientras subsista art. 403 inc. d) CCyC; haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del domicilio doloso de uno de los cónyuges art. 403 inc. e) CCyC.

La nulidad relativa del matrimonio tiene lugar, conforme el art. 425 del Código Civil y Comercial, cuando se contrae con alguno de los restantes impedimentos dirimentes - falta de edad legal y privación de la razón -, con el consentimiento viciado (cfr. art. 403 inc. f y g y art. 425 inc. c).

Causa: “R., M.R. c/R., D.G. s/Nulidad de matrimonio” -Fallo N° 806/16- de fecha 08/08/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **NULIDAD DE MATRIMONIO-LEGITIMACIÓN PROCESAL**

En cuanto a los legitimados, la ley confiere interés legítimo para deducir la acción de nulidad de matrimonio a los que pudieran oponerse a su celebración, es decir las indicadas en el art. 411 del Código Civil y Comercial: a) el cónyuge de la persona que

quiere contraer otro matrimonio; b) a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo; y c) el Ministerio Público cuando tenga conocimiento de esos impedimentos.

Causa: “R., M.R. c/R., D.G. s/Nulidad de matrimonio” -Fallo N° 806/16- de fecha 08/08/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **NULIDAD DE MATRIMONIO-ERROR EN LAS CUALIDADES PERSONALES : PROCEDENCIA**

Cuando la nulidad se funda en el error en las cualidades personales del otro contrayente será decisivo para el dictado de una sentencia de nulidad, además de la demostración de que se está ante un error de hecho esencial acreditar que el error fue determinante de su manifestación de voluntad.

Es por ello que el art. 409 dice si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía.

Causa: “R., M.R. c/R., D.G. s/Nulidad de matrimonio” -Fallo N° 806/16- de fecha 08/08/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **NULIDAD DEL MATRIMONIO-EFECTO RETROACTIVO**

La nulidad de matrimonio se ubica como una acción de derecho matrimonial, declarativa y de desplazamiento. Al tratarse de una acción declarativa, como regla sus efectos son retroactivos.

Causa: “R., M.R. c/R., D.G. s/Nulidad de matrimonio” -Fallo N° 806/16- de fecha 08/08/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Alicia Alvarenga.

### **DERECHO DE FAMILIA-PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES : ALCANCES**

La igualdad en el derecho de familia ha tenido numerosas manifestaciones y efectos, ha impactado en las regulaciones ejes: filiación, adopción, responsabilidad parental, aspectos patrimoniales del matrimonio, entre otros aspectos.

El sistema del CCyC ha postulado la igualdad de derechos entre el hombre y mujer y el derecho de todo niño a mantener vínculos con ambos progenitores, la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y el interés superior del niño como ejercer de la regulación de las relaciones paternos - filiales.

La preferencia materna en el cuidado de los hijos y otorgar el ejercicio de la responsabilidad sólo al progenitor a que se le había conferido la “tenencia”, fue juzgada por una parte de la doctrina y jurisprudencia nacional como contraria al principio de igualdad y la adecuada equivalencia de los progenitores en la crianza y educación de los hijos.

Causa: “B., L.E. c/A., M.C. s/Autorización (Cód. Civil y Com. art. 645)” -Auto Interlocutorio N° 952/16- de fecha 07/09/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **PROCESO DE FAMILIA-CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES-FUNCIÓN DEL JUEZ : RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES**

El art. 645 del CCyC dispone los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, entre ellos se encuentra la autorización para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero. Se trata de un acto que requiere del consentimiento de ambos padres, no valiendo a su respecto la presunción de que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, conforme lo regulado por el art. 641 del mismo cuerpo legal; y sin que importe que los progenitores estén unidos en matrimonio o no, o que convivan o no.

Para el caso de que uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Entonces, se hace necesaria, la intervención del órgano judicial como tercero imparcial y en representación del Estado, para valorar todas las circunstancias que rodean al caso, y en virtud de ellas decidir finalmente si resulta conveniente conceder la autorización o no.

Causa: “B., L.E. c/A., M.C. s/Autorización (Cód. Civil y Com. art. 645)” -Auto Interlocutorio N° 952/16- de fecha 07/09/16; firmante: Dra. Alicia Alvarenga.

### **GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN-NUEVA REGULACIÓN**

Bajo el régimen anteriormente vigente, se criticó la existencia de un proceso de guarda para adopción, al que se calificó como un proceso híbrido y contradictorio, porque las reglas del procedimiento disponían la citación de los padres biológicos para prestar el consentimiento pudiendo la guarda preadoptiva incluso no configurarse ante la negativa de los padres o su retractación.

El Código Civil y Comercial modifica la concepción legal anterior respecto de la guarda con fines de adopción. En la nueva regulación, la guarda preadoptiva ya no es un proceso autónomo, sino una decisión judicial habilitada a consecuencia del dictado de la declaración en situación de adoptabilidad y cuyo objetivo se dirige a posibilitar el posterior trámite de juicio de adopción.

Causa: “M., A.D. s/Guarda con vías de adopción” -Fallo N° 1141/16- de fecha 05/10/16; firmantes: Dras. Alicia Alvarenga, Viviana Karina Kalafattich.

### **GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN-SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD : OBJETO; ALCANCES**

La declaración judicial en situación de adoptabilidad, es una medida obligatoria previa a la resolución de la guarda con fines adoptivos que ya constituía una práctica judicial habitual y expresamente se encuentra en nuestra Ley N° 1449/04, en la cual se debe garantizar el derecho de defensa de los progenitores del niño y agotar todas las posibilidades que el niño permanezca al cuidado de su familia de origen, así como la escucha de otros familiares o referentes afectivos del niño que puedan resultar alternativas a la decisión de adoptabilidad.

Aclarados tales conceptos, corresponde analizar ¿Cuál es el objetivo de la guarda con fines de adopción?

Verificar que los guardadores seleccionados por el juez, a partir de un listado elaborado a tal fin por equipos técnicos especializados como los que cuentan los registros de adoptantes, hayan tenido empatía y un lazo afectivo satisfactorio con el niño (cfr. Herrera, Marisa, Manual de derecho de las familias, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pág. 590).

El CCyC determina en su art. 612 que el juez que dispuso la declaración de adoptabilidad debe discernir “inmediatamente” la guarda con fines adoptivos, seleccionar a los guardadores del listado de la nómina remitida por el Registro de Adoptantes art. 613 CCyC.

Causa: “M., A.D. s/Guarda con vías de adopción” -Fallo N° 1141/16- de fecha 05/10/16; firmantes: Dras. Alicia Alvarenga, Viviana Karina Kalafattich.

### **DIVORCIO VINCULAR-PROCEDIMIENTO : RÉGIMEN JURÍDICO**

Cabe señalar que el art. 438 tercer párrafo del CcyC dispone que toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio. Por su parte, el art. 439 del CcyC contiene un enunciado de los aspectos que puede comprender la propuesta.

La propuesta o convenio regulador debe ser homologado por el juez, después de que éste realice una evaluación de sus términos y estime que los mismos se ajustan a un criterio de equidad, el cual se medirá en función de la protección de los derechos de los ex cónyuges.

Si la solicitud es conjunta se infiere que también habrá acuerdo en los efectos que regularan la vida futura de ellos como padres y ex esposos.

Si la presentación es unilateral se dará traslado al otro cónyuge para ver si coincide con la propuesta o si adjunta una distinta.

En el primer caso, no hay problemas, y el círculo se cierra con la evaluación del juez. En el segundo supuesto habrá que trabajar sobre las diferencias, para lo cual resulta necesario convocar a las partes a una audiencia para evaluar las propuestas y avenir a las partes a una conciliación.

Causa: “G., N.E. c/O., M. s/Divorcio” -Auto Interlocutorio N° 1515/16- de fecha 22/12/16; firmantes: Dras. Viviana Karina Kalafattich, Vanessa Jenny Andrea Boonman.