

Actualidad en Derecho de Familia

Lloveras, Nora.

Orlandi Olga.

a) Matrimonio. Divorcio. Régimen patrimonial matrimonial

1.— Divorcio vincular. Acuerdos del art. 236, CCiv. Pedido de nulidad del acuerdo privado. Usufructo sobre bienes propios del otro cónyuge. Autonomía de la voluntad

La C. Civ. Com. y Cont. Adm. de San Francisco, en autos "N. N. A. v. Z. P. G. R. - Divorcio vincular - No contencioso", mediante resolución del 29/10/2012, rechazó el incidente planteado donde se solicitaba la nulidad de un acuerdo privado de liquidación patrimonial de la sociedad conyugal.

El apelante planteó la nulidad parcial del convenio privado de liquidación patrimonial de la sociedad conyugal celebrado entre los cónyuges en el marco del divorcio, donde se comprometió a constituir derecho real de usufructo a favor de su cónyuge, sobre inmuebles que son bienes propios. Fundamenta su petición en que el acuerdo adolece de vicios graves que lo tornan nulo de nulidad absoluta (arts. 1218 y 1219, CCiv.) dado que la constitución de usufructo gratuito sobre cosa no fungible requiere capacidad para donar, de ahí su prohibición en el caso de autos (art. 2831, CCiv.).

La nulidad peticionada se refiere al compromiso asumido, de constituir derecho real de usufructo a favor de su esposa por el plazo de veinte años a contar desde la fecha del dictado de la sentencia de divorcio, sobre dos inmuebles cuya titularidad ostenta el apelante, aduciendo que no integran el acervo de la sociedad conyugal y que son bienes propios.

Deja sentado el tribunal que el art. 236, CCiv., prevé la posibilidad de que los cónyuges, al presentar la petición conjunta de separación personal o divorcio vincular, celebren acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas, atribución del hogar conyugal, régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, como también todos aquellos acuerdos que

estimen convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. Las partes celebraron un acuerdo privado de liquidación de la sociedad conyugal derivada de su matrimonio y sobre adjudicación de bienes que componen el acervo societario. En la cláusula sexta acuerdan liquidar y partir el patrimonio societario conyugal en forma privada y se resalta la cláusula "a fines de compensar íntegramente la porción que le corresponde a la señora, el señor se compromete a constituir a favor de la misma derecho real de usufructo por un plazo de veinte años a contar desde la fecha del dictado de la sentencia de divorcio vincular, sobre los inmuebles de su propiedad que seguidamente se detallan...".

La partición de bienes gananciales acordada como la compensación pactada entre las partes, es válida por ajustarse a lo prescripto por el art. 236, CCiv. El fundamento de ello es que dicho acuerdo fue celebrado en forma contemporánea a la demanda de divorcio vincular por presentación conjunta.

Los convenios de liquidación de sociedad conyugal realizados antes de la presentación conjunta están sujetos a la condición suspensiva del dictado de la sentencia que ponga fin a la sociedad conyugal, y a que el juez no los rechace por encontrarse comprometido el orden público o el bienestar de los hijos.

La nulidad del convenio sobre liquidación y partición celebrado en la especie, que invoca el impugnante luego de que dicho acuerdo ha tenido comienzo de ejecución —aproximadamente durante cuatro meses—, es manifiestamente improcedente por extemporánea y exterioriza, en todo caso, la intención del apelante de contrariar la doctrina de los actos propios; máxime si tenemos en cuenta que al dictarse la sentencia de divorcio, el convenio citado adquirió plena virtualidad y eficacia al cumplirse la condición "suspensiva" a la cual aquél estaba sujeto.

La interpretación que formula el apelante, en el sentido de que el convenio suscripto entre las partes contiene una transacción de derechos litigiosos y que antes de que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción, los interesados podrán desistir de ella, no es de recibo, porque el instituto de la transacción resulta ajeno al "convenio" de liquidación de los bienes de la sociedad conyugal celebrado por los cónyuges dentro del marco de juicio de divorcio por presentación conjunta.

La voluntad declarada por las partes en el convenio, fue liquidar la sociedad conyugal y adjudicarse en forma privada y definitiva los bienes gananciales acordando compensaciones entre las partes para integrar la porción que corresponde a una de ellas.

La actual legislación permite a los cónyuges, en su presentación conjunta, acordar lo vinculado con la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal, supeditado al dictado de la sentencia y a la aprobación del juez.

En materia de estos acuerdos prima la autonomía de la voluntad, siendo impensable una objeción de oficio sobre el particular, dado que los cónyuges cuentan con la posibilidad de acordar la adjudicación de bienes de diverso valor, por motivos que sólo ellos pueden evaluar, salvo cuando el acuerdo arribado afectare gravemente el interés superior de los hijos.

El apelante no está facultado para arrepentirse y cuestionar extemporáneamente la distribución de los bienes contenida en el convenio de liquidación de sociedad conyugal; por lo cual dicho convenio, celebrado de conformidad con el principio de "autonomía de la voluntad", con certificación notarial de firmas, tiene pleno vigor y legitimidad jurídica, aunque uno de los cónyuges a fines de compensar íntegramente la porción de la otra parte, se hubiere comprometido a constituir derecho real de usufructo a su favor por un período de tiempo —veinte años— y sobre bienes propios. Todo ello justificado por las partes en el convenio, en razón de que la señora se encuentra habitando dicho inmueble juntamente con sus hijos menores de edad.

El convenio es presumido consecuencia de la libre voluntad de los pactantes y no procede su nulidad si no se invoca vicio alguno de la voluntad.

2.— Medidas de seguridad solicitadas por uno de los cónyuges. Embargo. Alcance

La C. Fam. Córdoba 2ª, mediante Auto Interlocutorio 49, del 16/5/2012, en autos "R., P. E. v. J., C. J. - Medidas cautelares - Recurso de apelación", acoge parcialmente el recurso de apelación revocando el proveído de primera instancia en relación con la traba de embargos sobre cuentas bancarias del cónyuge en la parte que dispone: "...que si la traba fuese sobre una cuenta sueldo, deberá abstenerse de efectuar la medida...", dejando firme el embargo sobre el 50% de los fondos y/o valores depositados en las cuentas corrientes, caja de ahorros y plazos fijos,

siempre que sean de titularidad exclusiva del Sr. C. J. J. Dichas medidas habían sido solicitadas para asegurar los derechos del solicitante.

La queja de la recurrente gira en torno a los condicionamientos que la juzgadora ha impuesto para conceder la medida cautelar peticionada. La apelante se agravia porque la a quo, si bien admite el embargo peticionado sobre el 50% de los fondos y/o valores depositados en las cuentas corrientes, caja de ahorros y plazos fijos existentes, limita la medida a que ellas sean de titularidad exclusiva del cónyuge y que no se trate de una cuenta sueldo.

En relación con las medidas cautelares el art. 233, CCiv., contempla la posibilidad de que antes de la iniciación del juicio de separación personal o de divorcio vincular, en caso de urgencia, el juez disponga a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Para su dictado se requiere la acreditación de la verosimilitud del derecho, que resulta de la propia instalación del matrimonio, y del peligro en la demora, esto es la demostración de la urgencia producida por la crisis matrimonial o la separación de hecho de las partes. Estas medidas tienden a proteger derechos en expectativa toda vez que por la gestión separada de los bienes de titularidad de cada cónyuge, se pueda poner en riesgo la división por mitades que para los bienes gananciales corresponde conforme al art. 1315 del Código.

La queja vertida en orden a la limitación del embargo en lo atinente a la titularidad exclusiva del cónyuge de las cuentas bancarias o fondos depositados no es acogida. El fundamento dirimente es poder lograr un equilibrio entre la seguridad merecida por la solicitante y los derechos de terceros ajenos a la problemática familiar.

La Cámara considera procedente el embargo del 50% de la cuenta sueldo. Pueden ser objeto de embargo todos los bienes que deban formar parte del proceso de liquidación de la sociedad conyugal, que tengan por objetivo prevenir el menoscabo inminente de derechos patrimoniales o de las personas a fin de garantizar la oportuna actuación del derecho sustantivo. La limitación del embargo al 50% de los fondos constituye el equilibrio razonable entre la seguridad merecida por quien pide la tutela y la libertad de actuación necesaria al afectado para su desenvolvimiento.

3.— Alimentos entre cónyuges. Art. 198, CCiv. Derecho-deber de asistencia mutua. Separación de hecho. Modificación de acuerdos: procedencia. Sistema de porcentajes: ventajas

El Juzg. Fam. Córdoba n. 4, en autos "P. A. D. C. y otro. Homologación, mediante auto 244", del 6/6/2012, establece una nueva cuota alimentaria a favor de la esposa separada de hecho de su cónyuge, en la suma equivalente al 10% de los haberes que percibe como jubilado, previos los descuentos de ley, con un piso de \$ 200.

El deber alimentario entre cónyuges nace del vínculo matrimonial e integra el derecho-deber de asistencia mutua, en su vertiente material, conforme lo estatuye el art. 198, CCiv. Este deber asistencial-alimentario no cesa con la separación de hecho. No habiendo disolución del vínculo, sigue rigiendo la obligación entre los esposos que impone el artículo mencionado, ya que ella nace del deber de asistencia recíproca y no tiene correlato con la cohabitación que exige la misma norma.

La modificación de los convenios que en este marco fáctico se efectúe es procedente cuando se hubieran producidos variaciones sustanciales en la situación económica y laboral de las partes, como en las necesidades del alimentado, que se tuvieron en cuenta a la fecha de su establecimiento. La prueba de tales extremos corresponde a quien los alega.

Considera el juez que el sistema de porcentaje permite muchas ventajas, entre ellas evita la reincidencia judicial con los pedidos de aumentos sucesivos y mantiene el cuántum alimentario equilibrado, por ello fija la cuota en la suma equivalente al 10% de los haberes que percibe como jubilado, previos los descuentos de ley, con un piso de \$ 200.

b) Filiación

1.— Acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Falta de legitimación de la madre. Inconstitucionalidad del art. 259, CCiv.

La C. Fam. Córdoba 2^a, mediante sent. 491, del 28/6/2012, en autos "V., F. N. v. C., L. A. y otro - Acciones de filiación - Contencioso - Impugnación de paternidad matrimonial", teniendo en cuenta los resultados obtenidos en el estudio de ADN y la conducta procesal de las partes, a la luz de las reglas de la lógica y de la experiencia en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva —imperativo ineludible en esta materia— llega a la conclusión de

que debe hacerse lugar a la demanda de impugnación. Receta la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 259, CCiv., por cuanto imposibilita a la actora —madre y esposa— impugnar la paternidad matrimonial de su marido por no estar incluida como legitimada activa.

Se resalta que las particularidades del caso planteado imponen la necesidad de flexibilizar y adecuar los principios procesales y los criterios de ponderación en torno a los presupuestos de admisión y reconocimiento de las legitimaciones. Las nuevas problemáticas familiares, abordadas a la luz de una adecuada hermenéutica constitucional, exigen una relectura de los clásicos conceptos de legitimación en orden a no obstaculizar el acceso a la justicia de quienes ostenten interés suficiente para accionar y, en la especie, a fines de garantizar el interés superior del niño y su derecho a la identidad.

Se declara la inconstitucionalidad del art. 259, CCiv., por cuanto imposibilita a la actora —madre y esposa— impugnar la paternidad matrimonial de su marido por no estar incluida como legitimada activa. La tacha de inconstitucionalidad se verifica al no adecuarse la norma cuestionada a las directrices contenidas en el bloque de constitucionalidad.

Entre los derechos involucrados se señalan el derecho a la "identidad personal", el derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, el derecho a transformar la identidad personal, el derecho a la verdad sobre la propia identidad personal, el derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena.

El derecho a conocer la verdad biológica es un componente del derecho a la identidad personal, va unido al derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación entre quienes están unidos por vínculos biológicos, y al derecho a probar el verdadero estado de familia (aspecto dinámico del derecho a la identidad); y, en el caso de autos, no caben dudas de que la norma del art. 259, CCiv., implica una restricción irrazonable que lesiona esos derechos fundamentales.

La norma cuestionada —art. 259, CCiv.— en cuanto no reconoce como legitimada activa a la madre en la acción de impugnación, vulnera la garantía de igualdad, consagrada en el art. 16, CN, y en los Tratados de Derechos Humanos que lo receptan como uno de los más fundamentales derechos del hombre (arts. 1, 2, 7, y 10, DUDH; 1 y 24, CADH), propiciando además un trato discriminatorio en contra de la mujer (madre y esposa) en contraposición al varón (padre y esposo) violentando tanto la

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como la ley 26485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales".

La negativa de legitimación a la madre —mujer y esposa— obstruye los derechos de ella y de su hija desde que la falta de acción entorpece la indispensable ruta procesal que debe quedar expedita para no violar el derecho a la tutela judicial eficaz.

2.— Acción de impugnación de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial post mortem. Caducidad de la acción. Legitimación. Trascendencia probatoria del allanamiento. Valor convictivo de la falta de colaboración del demandado

La C. de Fam. Córdoba, 1^a, en autos "H., S. A. y otro v. H., L. M. y otro - Acciones de filiación - Contencioso - Impugnación de reconocimiento de paternidad - post mortem", mediante sent. 353, del 22/5/2012, hace lugar a la demanda de impugnación de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial por haber quedado demostrado que la filiación que resulta del título que se impugna, no coincide con la realidad biológica de los demandados en relación con la paternidad.

Los hijos matrimoniales del causante, invocando un interés legítimo, impugnan la paternidad de dos hijos extramatrimoniales que habrían sido reconocidos indebidamente por su causante.

Los accionantes se encuentran legitimados pues son hijos matrimoniales del causante, lo que pone en evidencia el interés legítimo que les asiste para impugnar la paternidad de dos hijos extramatrimoniales que habrían sido reconocidos indebidamente por su causante.

El allanamiento de la accionada, operado en oportunidad de la vista de causa, implica el reconocimiento de que la demanda fue presentada dentro de los dos años a contar desde la fecha señalada. Esto desvanece toda posibilidad de que se decrete la caducidad de la acción de impugnación de la filiación que se intenta al quedar reconocidos los hechos señalados por los accionantes en su planteo inicial.

Si bien el allanamiento no es suficiente como única prueba en las acciones de impugnación de la filiación, tiene valor cuando se apoya en otros

indicios, como la negativa a someterse a las pruebas biológicas, lo que evidencia la clara voluntad de no cooperar para la realización de la investigación propuesta (determinación del ADN).

La falta de disposición para colaborar con la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, que persiguen estas acciones, resulta corroborada por la restante conducta procesal de la parte demandada.

3.— Acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial. Pruebas de ADN. Perito de control. Preclusión. Sanción del art. 83, inc. 1, CPC

La C. Civ. Com. y Cont. Adm. San Francisco, en autos "V., L. M. v. V., N. R. y otro - Acciones de filiación - Contencioso", mediante auto 411, del 27/11/2012, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el codemandado, en contra del decreto que denegaba la designación de perito de control propuesto por el demandado e impone al apelante una multa de 15 jus.

El demandado se negó injustificadamente a la extracción de sangre prevista para la realización de la prueba de ADN ofrecida por la contraria y luego de más de dos años, volviendo sobre sus pasos, solicitó que se "disponga la realización de la pericia genética", reiterando que se designe un "perito de control" cuando esta cuestión ya estaba precluida, según decreto "firme" y "ejecutoriado".

Observa el tribunal que el CPC adopta un sistema de preclusión cerrado o rígido, por el cual, por razones de orden público, extinguida una etapa procesal el juez no puede por regla volver sobre el particular, aun mediando acuerdo de partes.

Nuestro sistema procesal no admite la idea de la reiteración de fases en el proceso. Vencida una etapa no se vuelve sobre ella. De esta forma se procura lograr la marcha normal y regular, castigándose la negligencia de las partes.

La regla de congruencia impide que el juicio se retrotraiga a etapas superadas. Ello es así, en aras del valor seguridad jurídica, así como también, en pos del ejercicio de una justicia rápida y eficaz.

La preclusión procesal supone que los actos que componen el proceso se suceden e incorporan en el orden previsto, quedando sus efectos fijados de

forma irrevocable, por lo que la reedición de cuestiones resulta improcedente, pues de lo contrario, significaría rebasar las pautas mínimas de orden y de seguridad que el desarrollo de todo juicio requiere.

La articulación del recurso de apelación en subsidio donde el impugnante repite un planteo que había sido resuelto con anterioridad, conlleva a suponer que dicho recurso está siendo utilizado como un instrumento destinado a dilatar injustificadamente el curso del proceso, vulnerando el derecho a "la tutela judicial efectiva", razón por la cual se impone al apelante una multa de 15 jus.

c) Adopción

1.— Adopción plena. Concubinos. Concepto de familia. Criterios. Art. 16, DUDH. Necesidad de atender el interés superior del niño. Inconstitucionalidad de los arts. 312, parte 1ª y 337, inc. 1, apart. d, CCiv., en cuanto disponen la nulidad de la adopción simultánea efectuada por dos personas, a menos que sean cónyuges. Discriminación

El Juzg. Civ. y Com. La Carlota (Córdoba), en autos "S. M. C. y otro - adopción plena", mediante sent. 93, del 30/8/2012, concede la adopción plena solicitada por una pareja de concubinos quienes detentaban la guarda con fines de adopción. En el decisorio admite el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 312, CCiv., y 337, inc. 1, d, por resultar manifiestamente arbitrario en cuanto impone que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges.

El juez considera que la prohibición contenida en el art. 312, CCiv., resulta en sí misma discriminatoria en cuanto prohíbe la adopción dual o conjunta por parte de quienes no están casados. Debe prevalecer el interés superior del niño por sobre cualquier norma que regule el matrimonio.

Se destaca que la doctrina mayoritaria es conteste en las ventajas que representa para el adoptado contar con ambos roles parentales en su relación, teniendo una madre y un padre, ya que los roles resultan complementarios, lo que sin duda favorece llevar a cabo los positivos procesos de identificación de ambas figuras parentales, auspiciando un crecimiento armónico y equilibrado del niño, aspectos estos elementales e indispensables para la adecuada formación de su personalidad.

Según el criterio receptado por el art. 16, DUDH, la familia como el medio natural para el crecimiento y bienestar de la persona humana, no es comprensivo sólo de la denominada familia matrimonial, pues debe considerarse también familia al núcleo que está cimentado en la comunidad de vida estable. No pueden desconocerse los efectos jurídicos de las uniones de hecho. Si bien en nuestro ordenamiento el matrimonio goza de un rango privilegiado sobre otras formas de familia, ello no debe impedir que una pareja de hecho que tiene características de universalidad, unidad, oponibilidad y estabilidad, pueda adoptar en forma conjunta, de donde se aprecia que no resulta legítimo el impedimento que se deriva de las normas para la adopción.

Las funciones parentales en el ámbito de la pareja no unidas por el lazo del matrimonio, no implican en modo alguno la existencia de obstáculos capaces de entorpecer el concepto de familia. Debe considerarse que el legislador ha incurrido en arbitrariedad —en el sentido constitucional—, al limitar a las personas casadas las normas contenidas en los arts. 312, parte 1ª y 337, inc. d, CCiv. Tocante al interés superior del niño (arts. 3, CDN; 3, ley 26061; y 321, inc. i, CCiv., para el juicio de adopción), corresponde precisar que es un término flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación.

2.— Adopción internacional. Pedido de constancia de idoneidad para adoptar en el extranjero. Vacío legal. Competencia del Fuero de Familia. Proceso de jurisdicción voluntaria. Sumaria informativa

La C. Fam. Córdoba 2ª, en autos "R., P. M. y otro - Actos de jurisdicción voluntaria - Sumaria información - Recurso de apelación", mediante AI n. 13, del 2/3/2012, declara competente al Juzgado de Familia para emitir la constancia de idoneidad para adoptar en el extranjero.

En primera instancia, el Juzgado de Familia ordena ocurrir por la vía pertinente y ante quien corresponda, para tramitar la sumaria informativa que requería emitir un certificado de idoneidad de los pretendientes adoptantes para ingresar al sistema de adopción internacional. Los peticionantes apelan la resolución. La Cámara de Familia admitió el recurso declarando competente al Juzgado de Familia. El certificado de idoneidad no es más que un documento que da fe de la aptitud de los pretendientes padres para adoptar en un país determinado y, en principio, se emite luego de que el juez valora un informe psicológico y una encuesta ambiental de los

postulantes de la adopción internacional y estima que reúnen las condiciones morales, económicas y personales necesarias para ello.

Si bien existe un vacío legal en torno a la autoridad oficial competente de la que debe emanar la información sumaria peticionada, que dé fe de que los pretensos adoptantes están en condiciones idóneas de adoptar un niño en el extranjero, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han expedido sobre la materia.

En este punto, existen diferentes criterios en relación con si la autoridad competente es meramente administrativa o si es judicial; y, a su vez, dentro de cada esfera cuál es el organismo competente.

La Cámara estima que siendo los Tribunales de Familia los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción (art. 16, inc. 11, ley 7676), la certificación de idoneidad requerida cae bajo la órbita de su actuación. Ello es así por cuanto se trata de una cuestión de índole extrapatrimonial derivada de la relación familiar y encuadra en la competencia material residual de los Tribunales del Fuero de Familia (art. 16, inc. 15, ley 7676).

No existe un organismo administrativo estatal que tenga competencia para otorgar el certificado de idoneidad requerido, con lo cual la vía que resulta idónea para ello no es otra que la judicial, la cual precisamente le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada.

3.— Conversión de adopción simple en plena. Falta de regulación legal. Interés superior del menor

La C. Fam. Córdoba 2ª, en autos "B., S. E. - Adopción plena", expte. 190153, conversión de adopción, mediante sent. 214 del 2/4/2012, recepta la conversión de la adopción simple en plena.

En el caso, se había otorgado la guarda judicial con fines de adopción simple de una menor, prestando la madre biológica plena conformidad. No obstante esta situación jamás tuvo contacto con la niña, quien no la conoce. La adoptante solicita conversión de la adopción simple en plena que es concedida.

Si bien la conversión de la adopción simple en plena no está regulada expresamente en el Código Civil, no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito nacional encontramos precedentes en la ley 19134, que preveía en su art. 34, la posibilidad de conversión de las adopciones conferidas bajo el régimen anterior (con los efectos de la adopción simple) en adopciones plenas a pedido de los adoptantes. En el ámbito internacional, la Convención de la Haya de 1993 que regula el tema de la adopción, y la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores consagran esta posibilidad (arts. 27 y 13 respectivamente).

Desde la doctrina, la conversión de la adopción simple en plena supone la extensión de los efectos de la adopción (que se ceñían solamente al adoptante y al adoptado) a toda la familia del adoptante; se exige la verificación de una serie de recaudos: a) la asimilación del adoptado a la familia del adoptante, es decir que la identidad dinámica del adoptado se haya forjado a la luz de un cúmulo de lazos afectivos con familiares del adoptante; b) la desvinculación del adoptado con su familia de origen, esto es, el deterioro de la relación con la familia con la que mantiene lazos sanguíneos, y c) el beneficio para el menor de edad, ya que la conversión debe presentarse como el medio idóneo para sintonizar realidad, tipo de adopción e identidad del adoptado.

Si se comprueba el deterioro de los lazos de la adoptada con su familia de origen, y a la par el fortalecimiento de su identidad en torno a la familia adoptiva, esto habilita a mutar los efectos de la adopción originariamente concedida en aras de adaptar el estatus jurídico familiar de la menor a las nuevas circunstancias planteadas.

La "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño.

4.— Adopción simple. Adopción de integración. Unión convivencial del solicitante con la madre del niño

La C. Fam. Córdoba 2ª, en autos "D., M. O. - Adopción simple", mediante sent. 718, del 11/9/2012, concede la adopción simple de un joven al

conviviente de la madre por encontrarse acreditados los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la ley. Dispone que el nombre del joven sea modificado con el apellido compuesto del adoptante y la madre, tal como ha sido solicitado (art. 326, CCiv.)

El niño carece de filiación paterna conocida, y convive con el solicitante desde 1999, fecha en la que inició la convivencia con su pareja. El joven se encuentra a su cuidado y de su madre desde los 3 años, existiendo entre ellos un verdadero vínculo de padre e hijo.

Se trata de la denominada adopción integradora, que tiene por objeto completar la familia nuclear del adoptado, incorporando la figura del padre o de la madre que falta, pero respetando y fortaleciendo el vínculo existente con el progenitor que lo tiene bajo su guarda. Se persigue en definitiva brindar, a las relaciones humanas ya establecidas, un reconocimiento jurídico a la figura del padre o madre que ya ejercía sus funciones.

La ley 24779 que incorporó al Código Civil un nuevo régimen de adopción, no efectuó un tratamiento sistemático de la denominada adopción integrativa o de integración, sino que la reguló como un supuesto excepcional e incluso de modo incompleto, pues sólo previó una de las diversas formas que puede asumir: la adopción simple del hijo del cónyuge. Se habla de una adopción integrativa cuando un cónyuge adopta a los llamados hijastros (parientes afines en primer grado, art. 363, CCiv.). Este tipo de adopción siempre será —en principio— de carácter simple (art. 313, párr. final, CCiv.), por la necesidad de preservar los vínculos biológicos y legales existentes entre el adoptando y su progenitor.

No obstante ser éste el único supuesto previsto por la ley, es de destacar que no existe en el Código Civil la prohibición de adoptar al hijo de la pareja conviviente.

El art. 311, inc. 1, regula la adopción del hijo del cónyuge del adoptante como una excepción, al admitir en este caso la adopción de un mayor de edad o emancipado; también el art. 312, párr. 2, no exige la diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante, cuando el cónyuge superviviente adopta al hijo adoptado del premuerto; y el art. 316 exige de las condiciones temporales de la guarda cuando se adopta al hijo o hijos del cónyuge. Por su parte, el art. 322 asigna efectos retroactivos a la adopción del hijo del cónyuge desde la fecha de promoción de la acción, y el 331, párr. 2, excluye la transferencia de la responsabilidad parental al adoptante,

inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor cuando se adopta al hijo del cónyuge. En suma se trata de una normativa que consagra excepciones a los recaudos exigidos por el régimen general de la adopción y prevé los efectos para el único tipo de adopción de integración regulado. De esto no puede interpretarse que esté prohibido al conviviente adoptar al hijo de su pareja, ya que ello implicaría consagrar otra excepción de alcance general que la ley no contempla.

La posibilidad de la adopción integrativa del hijo de uno de los miembros de la pareja conviviente por parte del otro integrante de la unión fue admitida en un fallo plenario de hace ya veinticinco años (C. Nac. Civ., en pleno, 3/6/1987, ED 123-547, JA 1987-III-67).

A pesar de la clara doctrina contenida en el plenario, la reforma de la ley 24779 insiste en regular sólo la figura de la adopción integrativa respecto del cónyuge (art. 313), omitiendo la adopción integrativa del conviviente no casado, ante lo cual la doctrina especializada, retomando los argumentos del plenario, vuelve a señalar que tal tipo de adopción es admisible.

La conclusión a la que arriba el tribunal se refuerza si se considera el concepto actual de familia receptado en la ley de protección integral de los niños y adolescentes y su correlato provincial, ley 9944, que no hacen más que reflejar los avances en la materia producidos por la normativa contenida en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, el art. 3, inc. c), ley nacional 26061, y de la provincial, impone a favor del niño (...) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

Ignorar la familia ensamblada generada por la unión convivencial entre personas que tienen hijos de una unión anterior y, consecuentemente, negar la posibilidad de la adopción del hijo de la pareja conviviente, contraría normas de jerarquía constitucional y las de protección integral de la infancia y adolescencia dictadas luego de la reforma introducida a la adopción por la ley 24779.

La admisión doctrinaria y jurisprudencial de la adopción integradora resulta contemplada en el Proyecto del Código Civil y Comercial del año 2012, que la considera como un tipo adoptivo con caracteres propios y una regulación autónoma, y que la define como aquella que se configura

"...cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la secc. 4ª de este capítulo..." (art. 620, párr. final).

d) Responsabilidad parental. Alimentos. Régimen comunicacional

1.— Cambio de guarda. Interés del menor. Derecho del niño a ser oído. Cambio de radicación. Radicación en el exterior junto con su padre. Régimen de comunicación con la madre

El Juzg. Fam. Córdoba n. 3, en autos "P. E. E. y otro - Ejecución sentencia divorcio vincular (art. 236) Contencioso", mediante auto 494, del 20/5/2011, cambia la tenencia de los hijos que había sido otorgada a la madre y se la confiere al padre que reside en el exterior, fijando un amplio régimen de comunicación con la progenitora.

La tenencia de dos menores había sido otorgada a la madre. El padre residente en Portugal solicita el cambio de tenencia. Analizando las pruebas aportadas a la causa, el juez modifica la guarda que legalmente es ejercida por la progenitora sobre sus hijos y consiente la radicación de ambos jóvenes junto a su progenitor. Autoriza a que los menores puedan viajar a Portugal y/o a la República Argentina, en compañía de su padre o su madre. Determina un régimen comunicacional a favor de los jóvenes y de su madre, por el que se dispone que los hijos deberán viajar a la República Argentina, a cargo del progenitor, en oportunidad de las vacaciones invernales y de verano para permanecer junto con ella, la obligación de mantener un contacto diario telefónico y por las vías informáticas y se impone al padre la obligación de costear un pasaje de ida y vuelta anual abierto a Europa, a favor de la madre, al lugar donde moren los hijos.

Entre los fundamentos del decisorio se considera el principio de autonomía progresiva y el derecho a ser oído de los niños (13 y 15 años).

Considera el juez que la guarda es el derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo, y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación, por lo que su ejercicio requiere la proximidad de los progenitores con los hijos (...) se otorga para favorecer la correcta observancia del deber de educar al niño, por lo que es lógico que al extinguirse la convivencia entre los esposos y plantearse la cuestión de decidir a cuál de ellos se le otorgará la facultad de tener consigo a los hijos, la solución deba respetar prioritariamente el interés del niño y con este fin se atenderá a la mayor idoneidad del padre guardador para desempeñar esas funciones.

Sienta el principio de mantener el status quo, mientras no existan causas o razones de entidad suficiente que aconsejen la modificación de la situación existente, a fin de brindar a los hijos el mayor grado de estabilidad posible. En todas las situaciones que tienen como protagonistas a los niños es necesario buscar, además del interés de éste, una solución que implique una cierta estabilidad, que posibilite su buen desarrollo emocional.

Pero los derechos de los padres no son universales, ni inamovibles, son limitados y se otorgan en tanto y en cuanto se ejerciten para promover los derechos del niño. Siendo ello así, la autoridad parental debe contribuir al desarrollo de la autonomía progresiva del niño a través de acciones dirigidas, por un lado, a escucharlos lo más fielmente posible y por el otro, intentando que cada niño sea su propio portavoz, tratando de que éste decida con la mayor libertad posible, sin querer sustituirlo en su voluntad.

Se tiene especialmente en cuenta el derecho del niño a ser oído, y el concepto de capacidad progresiva que se considera en el caso concreto: el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento.

De los elementos probatorios agregados en autos y de los principios generales del derecho humanitario, el juez considera que ha quedado demostrado que corresponde hacer lugar al cambio de guarda y solicitud de radicación en el exterior de los jóvenes de autos, por ser conveniente a su interés y bienestar, que es prioritario más allá de los legítimos derechos de su progenitora.

2.— Régimen de visitas. Condenados por delitos contra la integridad sexual. Art. 4 y 23, Anexo II, dec. 343/2008. Solicitud de visita de hijo menor de edad. Riesgo victimológico versus el efecto socializador como beneficioso para el interno. Régimen de visitas controlado

El Juz. Ejec. Penal Córdoba n. 1, mediante AI n. 6 del 19/3/2012, "N., L. D. s/ejecución de pena privativa de la libertad", expte. "N"- 006/2011, Código de SAC n. 274880, asiente —bajo ciertas condiciones— que un condenado con sentencia no firme acceda a la visita de su hijo menor de edad.

El interno había cuestionado la decisión administrativa en virtud de la cual se le vedaba la posibilidad de que acceda a la visita de su hijo menor de

edad. El asesor letrado de penados, a efectos de fundar in iure la pretensión de su defendido, expresó que "...conforme surge de la resolución de Dirección MD1 116/11 de fecha 19/5/2011, teniendo en cuenta lo sugerido por el Consejo Interdisciplinario de Procesados, de acuerdo a lo normado en los arts. 43 y 23, Anexo II, dec. 343/2008, se resolvió restringir el ingreso en carácter de visita del interno a los hermanos del nombrado (víctimas de los hechos de abuso sexual por los cuales fue condenado el interno) así como a todo menor de edad".

El pedido del interno a que se permita la visita de su hijo menor, no encuadra dentro del art. 4, Anexo II, citado por la recomendación del Consejo Correccional, ni en el caso descrito por el art. 23 del mismo anexo, sino que estaría enmarcado dentro de las llamadas visitas ordinarias, conforme a lo prescripto por el dec. 343/2008 reglamentario de la ley 8812, art. 24, el cual reza: "El interno tiene derecho a recibir con regularidad como visita ordinaria, las de sus familiares y allegados, de acuerdo con lo dispuesto en esta reglamentación".

El tribunal resolvió hacer lugar a la petición previa suscripción de la respectiva acta en donde la progenitora del menor preste su aprobación para ello, disponiendo que la visita se lleve a cabo bajo la supervisión de profesionales pertenecientes al Equipo de Asistencia de Regímenes de Visitas Controladas (SARVIC - Poder Judicial).

El interno se encuentra condenado, por sentencia no firme, a la pena de diez años de prisión por encontrarlo autor de los delitos contra la integridad sexual, hechos cometidos en perjuicio de sus hermanos. Respecto de estos menores la decisión administrativa prohíbe la comunicación con ellos.

Se considera que jurídicamente, no se habilita para vedar cualquier posibilidad de visita de menores; máxime, en el caso, en donde la propia progenitora del niño consiente esta situación.

La cuestión se analiza partiendo del principio de proporcionalidad. Tradicionalmente, este principio se ha considerado como un límite impuesto a las potestades de la Administración en la adopción y ejecución de actos administrativos; límite cuya complejidad radica en el hecho de hallarse contenido en un concepto jurídico indeterminado (justamente el de proporcionalidad), que a su vez es utilizado como instrumento de profundización en el control judicial del ejercicio de las potestades administrativas discrecionales.

El principio de proporcionalidad se compone de distintas reglas o sub-principios, entre los cuales destaca el de idoneidad. Según éste, "toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo". Teniendo presente esto, si a través de aquella prohibición genérica se intenta evitar riesgos victimológicos y esa finalidad puede verse satisfecha a través de otros medios más idóneos y menos lesivos, habrá que ajustarse a dicha posibilidad, salvaguardando así los diversos intereses consultados.

Teniendo en cuenta estas premisas se instrumenta un régimen de visita controlado, a través de equipos técnicos calificados para ese menester. De esta manera, se resuelve con un razonable equilibrio que protege los distintos intereses involucrados, autorizando un régimen de visita controlado, de acuerdo a lo sugerido por los peritos judiciales.

3.— Alimentos. Fijación de alimentos a favor de la hija no biológica. Padre afín, padre de hecho o padre social. Derecho a la identidad e interés del niño

La C. Civ., Com. y Cont. Adm. San Francisco, en autos "G., S. C. v. L., D. - alimentos - abreviado", mediante sent. 130 del 13/12/2012, hace lugar parcialmente a la demanda de alimentos a favor de la menor que no es hija biológica del alimentante.

En primera instancia se consideró que la obligación legal del accionado recae solamente con respecto a su hija biológica más allá de la contribución voluntaria que pudiera hacer en función de los años de convivencia. El fallo señala que el demandado no reviste la calidad de progenitor, por ser hija exclusiva de la actora, quedando a criterio y conciencia de las partes, cualquier tipo de asistencia o contacto como si se tratara de una obligación natural. La resolución es apelada.

Considera la Cámara los agravios vertidos en tres aspectos: a) la naturaleza u origen de la obligación alimentaria del demandado en relación con las hijas menores de edad de la actora, y el cuántum de aquélla; b) la retroactividad de la cuota alimentaria fijada y c) el planteo de costas.

De los fundamentos doctrinarios del fallo se destaca por lo novedoso el fundamento de los alimentos del padre afín.

El cumplimiento del deber alimentario en su faz material, que contempla el art. 265, CCiv., no deriva en rigor de la patria potestad, sino que se asienta en el vínculo de parentesco existente entre padres e hijos. Ello justifica que subsista este deber a pesar de las vicisitudes a que pueda encontrarse sometida la patria potestad.

Respecto a la obligación alimentaria del demandado con su hija biológica, fruto de la unión convivencial, no quedan dudas de que se trata de una obligación legal derivada de la patria potestad.

Diferente es la relación que vincula al demandado con la niña hija biológica de la actora quien recibió trato de hija de parte del demandado durante el tiempo que duró la convivencia y aún luego de que cesó ésta.

Se consideran las tendencias sociológicas, en virtud de las cuales no se puede hablar de "la familia" en forma singular, sino que corresponde hablar de "las familias", reconociendo derechos y protección jurídica a los distintos tipos de familias que encontramos en nuestra sociedad. La aparición de estas estructuras familiares es acompañada por una terminología nueva, como "padre afín" o "padre de hecho" o "padre social". En la especie, precisamente, el vínculo que unió a las partes es de una "familia recompuesta", la relación de padre-hija que el demandado tuvo con la niña se encuentra probada mediante numerosos indicios que reflejan el "vínculo afectivo" o "parentalidad doméstica" creado entre ambos, entre otros el escrito presentado por el padre afín solicitando ampliar el régimen de visitas de su hija y su hermana, expresando en relación con esta última que le une un fuerte vínculo afectivo equiparable al filial.

Al respecto, un sector de la doctrina considera que esos derechos y obligaciones sólo nacen cuando "el progenitor" "asume un papel activo en la guarda y custodia del menor", p. ej., cuando se ocupa de su educación, contribuye a alimentarlo, etc., tal como sucede en la especie con la niña, quien ha recibido el trato de hija del demandado durante el tiempo que duró la convivencia —siete años— y aun después de que cesó aquélla.

El trato de padre a hija que vincula al demandado con la niña se relaciona con la faz dinámica del derecho a la identidad. La identidad personal se construye día a día, y se encuentra vinculada a todos y cada uno de los actos y vivencias de la persona a lo largo de su existencia. La identidad de la niña no se circunscribe a la "realidad biológica", sino que tiene una

proyección psicosociológica, esto es la influencia de los aspectos psicológicos sobre la problemática social.

Esta "identidad dinámica" se encuentra tutelada por el art. 75, inc. 22, CN, que al incorporar la CDN, obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el favor minoris, el cual exige que el derecho a la "identidad" de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como la dinámica, teniendo en cuenta el interés superior (art. 3, CDN) .

El "mejor interés" de la menor exige que se le reconozca el derecho a percibir alimentos del demandado tal como si se tratara de una hija biológica.

En esta tesitura se alinea el proyecto de Código Civil y Comercial en cuanto incluye como nueva figura familiar, al padre "afín o solidario" (arts. 536 y 538) en referencia a la pareja del progenitor que está a cargo de un menor, imponiéndole a él obligación alimentaria respecto del niño, solidariamente con su pareja.

En consecuencia, revoca la sentencia impugnada en cuanto resuelve no hacer lugar a la demanda de alimentos a favor de la menor que no es hija biológica del demandado.

4.— Administración y disposición de los bienes de los hijos. Presupuestos de necesidad, ventaja y reinversión

La C. Fam. Córdoba 2ª, en autos "M., D. B. - Autorizaciones - Recurso de apelación" del 23/8/2011, confirma el fallo de primera instancia en el que se rechaza el pedido de la madre de los niños en el que se requería el dinero de propiedad de éstos para usarlo en gastos corrientes.

En los fundamentos de la resolución señala que los padres tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna (art. 265, CCiv.), y son los administradores legales de los bienes de los hijos sujetos a responsabilidad parental, cuyo propósito es mantener su valor hasta su entrega al término de la gestión en el estado en que los recibieron, y sin que se haya producido una disminución en el capital administrado (arts. 293 y concs., CCiv.).

La gestión de los bienes de los hijos abarca tanto los actos de administración como los de disposición. La pretensión de la progenitora de

utilizar los fondos pertenecientes a los niños constituye un acto de disposición, que provoca una modificación sustancial del patrimonio, y por lo tanto requiere la pertinente autorización judicial. Dicha autorización no puede ser conferida sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente (arts. 297, párr. 2 y 136, CCiv.), pues el juez sólo autorizará el negocio si se prueba su conveniencia patrimonial para los niños. Para lograr la aprobación judicial se deberá acreditar previamente la necesidad, la reinversión o la ventaja derivada del acto.

Todo acto de disposición debe reunir la conjunción de los presupuestos de necesidad, ventaja y reinversión, los cuales pueden requerirse en conjunto o priorizarse alguno de ellos en función de las circunstancias particulares del caso, ya que éstos serán el fundamento de su procedencia.

5.— Régimen comunicacional Visitas abuelos. Salud de la abuela. Visita con acompañamiento terapéutico. Tratamiento psicológico

El Juzg. Fam. Córdoba 2^a, en autos "G. M. C. v. A. M. F. - Régimen de visitas/alimentos - Contencioso", mediante auto 529 del 28/9/2012, ante la solicitud de modificación del régimen de visitas de la abuela en relación con su nieta —fundado en que aquél ha quedado sin vigencia por el cambio de horario escolar— fija un régimen de visitas con acompañante terapéutico y ordena tratamiento psicológico dado que en el proceso se comprueba la inestabilidad emocional violenta de la abuela.

Se expresa que el contacto de los niños con sus abuelos es necesario en su proyecto de vida personal y para el desarrollo integral como personas. Los abuelos constituyen un referente afectivo importante y central en la vida de los nietos, por lo que el vínculo entre unos y otros, no debe en principio desalentarse como consecuencia de la mala relación familiar entre padres y abuelos.

La identidad dinámica de los niños no sólo se construye mediante lo referenciado y vivenciado con sus padres, sino que se extiende más allá y abarca a esos ascendientes que, en la medida de lo posible, la complementan y nutren. La vida diaria está impregnada de situaciones en las que de manera solidaria los abuelos ayudan a sus hijos en el cuidado de sus nietos. Esas relaciones están basadas en ancestrales principios de solidaridad y afectos y hacen a la habitualidad de las relaciones intrafamiliares que no necesitan en principio de la intervención del Poder Judicial para viabilizarlas.

Es por eso que un espacio vincular entre nietos/abuelos debe alentarse y sólo es posible negarse o limitarse para aquellos casos que trasuntan un riesgo para sus centrales beneficiarios que son los niños, es decir cuando su concreción pueda ser contraria a su interés superior.

En el caso, la resolución equilibra el derecho de la niña a tener un vínculo adecuado con su abuela, y teniendo en cuenta las especiales características de ella, diseña un régimen de visitas en un ámbito de resguardo con acompañante terapéutico.

6.— Cuota alimentaria. Cómputo. Sueldo anual complementario. Adicionales

El Juzg. Fam. Córdoba 2ª, en autos "M. V. O. y otro homologación, mediante auto 523, del 21/9/2012, hace lugar al incidente de reposición interpuesto y revoca el decreto por el que se dispone no hacer lugar a la retención de la cuota alimentaria sobre los adicionales y el SAC. Se ordena oficiar a la empleadora del alimentante para que se sirva retener el 20% del total de haberes que percibe el alimentante, incluidos los adicionales, SAC, como cualquier otro rubro que se le abone, previos los descuentos obligatorios de ley.

Cuando se establece la pensión alimentaria en un porcentaje fijo del salario del obligado, no cabe excluir de la liquidación lo percibido en concepto de sueldo anual complementario, pues su naturaleza es remunerativa y, por lo tanto contributiva.

Se considera también que el rubro adicionales que perciben los agentes policiales de la provincia de Córdoba importa emolumentos por su trabajo en la fuerza, por lo que tampoco pueden ser excluidos para el cálculo del porcentaje destinado a la cuota alimentaria, más allá del carácter optativo de aquéllos.

7.— Privación de la patria potestad

La C. Fam. Córdoba 2ª, en autos "A., E. M. v. C., J. A. - Patria potestad: privación o suspensión - Contencioso", mediante sent. del 11/12/2012, hace lugar a la demanda entablada y priva de la patria potestad al demandado respecto de sus hijas menores de edad, atento lo prescripto por el art. 307, incs. 1 y 3, CCiv.

La privación de la patria potestad implica una sanción seria, que atiende al mantenimiento genuino de la protección de los legítimos derechos e

intereses del menor involucrado, pudiendo disponerse cuando, por la gravedad de las faltas imputadas al progenitor, se advierte inequívocamente la desaparición del beneficio del menor y la pertinencia de la sanción legalmente prevista.

Las causales de privación de la patria potestad son enunciadas en el art. 307, CCiv., y configuran situaciones graves, provenientes de la conducta desarreglada de los progenitores, que atentan contra el espíritu de la institución evidenciando comportamientos antijurídicos (incs. 1 y 3).

La primera de ellas —art. 307, inc. 1— contempla el supuesto en que el padre o madre sean condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, extremo éste que quedó fehacientemente acreditado en la causa con las copias certificadas de la sentencia donde se condena al demandado como responsable de los delitos de abuso sexual sin acceso carnal agravado, continuado, reiterado, a sus hijas.

La segunda de las causales invocadas —art. 307, inc. 3— contempla el supuesto en que el padre o madre pongan en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia; circunstancia ésta que también ha quedado corroborada en la causa.

De la contundente prueba surge claro que el padre con su conducta delictiva ha violentado los deberes inherentes a la responsabilidad parental afectando la salud física y psíquica de las niñas, vulnerando los derechos del niño reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26061, desvirtuando además los fines legalmente reconocidos a la patria potestad.

8.— Legitimación activa de la madre para el reclamo de reembolso de cuotas alimentarias no pagadas. Hija que alcanza la mayoría de edad
La C. Fam. Córdoba 2ª, en autos "K., E. E. - A., C. - Divorcio vincular - No contencioso. Recurso de apelación", mediante auto 115, del 28/8/2012, confirma la resolución de primera instancia rechazando las excepciones de falta de legitimación y de pago interpuestas por el alimentante. En el caso se reclamaba el pago de alimentos atrasados.

Independientemente del tiempo de iniciarse la ejecución alimentaria e imprimírsele trámite, la progenitora se encontraba legitimada para efectuar

el reclamo por los alimentos atrasados en nombre de su hija, dada la menor edad de ésta. El ejecutado no acreditó el pago que se le reclama.

La ejecutante se encuentra legitimada activamente en ejercicio de la acción de reintegro de que es titular por aplicación de las normas del pago por subrogación por los alimentos atrasados hasta la fecha en que la alimentada alcanzó la mayoría de edad.

El progenitor que ha afrontado los gastos del hijo que debían cubrirse con la cuota alimentaria adeudada por el otro progenitor obligado, puede intentar el reintegro de lo efectivamente desembolsado ejercitando los derechos que surgen del pago con subrogación (arts. 768, inc. 3 y 771, CCiv.). Quien paga una deuda ajena se subroga legalmente en los derechos del acreedor, de suerte que pasan a él "todos los derechos, acciones y garantías" de éste hasta la concurrencia de la suma que efectivamente ha desembolsado.

La solución que se propicia resulta receptada en el derecho proyectado en tanto que legitima activamente al progenitor que convive con el hijo mayor de edad para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla 21 años (art. 662 del proyecto).

Finalmente, ningún perjuicio le acarrea al apelante lo resuelto, pues en todo caso si la alimentada entiende que se la ha despojado de un crédito podrá ocurrir por la vía pertinente. El interés es la medida de la acción, y no es precisamente el interés de la joven el hábil para sustentar la pretensión del recurrente.

e) Violencia familiar y de género

1.— Violencia familiar. Prohibición de contacto. Incumplimiento. Prisión preventiva. Confirmación. Denuncias previas por maltrato del denunciado contra su madre y su hermana. Principios de mínima suficiencia y subsidiariedad

El Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín, en autos "M., G. A. p.ss.aa. Desobediencia a la autoridad - Oposición", mediante resolución del 13/4/2012, considerando que ninguno de los medios principales y específicos dispuestos en la ley 9283 tuvieron éxito o resultaron incompetentes para salvaguardar el interés tutelado por dicha ley, abre la posibilidad de aplicar, subsidiariamente, la ley penal sustantiva,

ya que el accionar del imputado ha vulnerado un bien jurídico reconocido por el ordenamiento jurídico y protegido por el art. 239, CPen.

Así, confirmó la prisión preventiva dispuesta por la fiscal de instrucción, contra quien, desobedeciendo una orden de prohibición de contacto, se hizo presente en el domicilio de su madre, quien lo había denunciado por maltrato físico y verbal y había pedido que sea internado por su adicción a las drogas y el alcohol.

El imputado registraba tres denuncias por violencia doméstica en perjuicio de su progenitora y su hermana, a raíz de las cuales el Juzgado Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Cosquín había emitido una orden judicial que disponía la "prohibición de contacto" y "un radio de exclusión de 100 m" del domicilio materno donde habitan las presuntas víctimas. Pese a que esta decisión judicial fue explícitamente notificada, el acusado fue aprehendido en flagrancia en la puerta de la casa materna, luego de que la denunciante alertara telefónicamente a la policía sobre su presencia.

Ante dicha resolución, la defensa dedujo oposición, esgrimiendo como núcleo de su agravio que la conducta endilgada al imputado no encuadra en el delito previsto por el art. 239, CPen., solicitando en consecuencia la inmediata libertad de aquél. El a quo resolvió no hacer lugar a la oposición planteada y confirmar el decreto puesto en crisis, en cuanto ha sido materia de la presente oposición.

En el caso, frente a la existencia de tres condenas anteriores a pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo, y habiéndose alcanzado en autos el grado de probabilidad referido a la existencia y la participación del imputado en el hecho que se le atribuye, su libertad durante el proceso entraña un riesgo para los fines de éste. La concurrencia de dicho riesgo se presume —salvo prueba en contrario— cuando no es procedente la ejecución condicional de la pena por existir —como en este caso— condena anterior.

Resulta imposible suponer que la autoridad de aplicación pueda agotar las instrucciones especiales a que hace referencia el art. 30, ley 9283, y, eventualmente, aplicar las sanciones (no penales) previstas en el Código de Faltas provincial (arts. 36 y 37, ley 9444). Se hace imprescindible la comparecencia del agresor al proceso y su predisposición a aceptar las indicaciones del tribunal, circunstancias que el acusado evitó en tres

oportunidades sin razón que lo justifique, poniendo en riesgo la salud psicofísica de su madre y hermana.

El "interés público" al que atiende la ley 9283, se materializa en la prevención, detección temprana, atención y erradicación de la violencia familiar, a través de la actuación de los tribunales especializados, en el marco de lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia, en su condición de "principal responsable y garante de esta función estatal. Se resaltan también los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino al adherir a la "Convención de Belém Do Pará" por ley 24632.

2.— Violencia familiar. Ley de Violencia Familiar (arts. 10, 20 y 21, ley 9283). Configuración del delito de desobediencia a la autoridad, art. 239, CPen.

El Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, en autos "F., N. y otra p.ss.aa. lesiones leves calificadas - Recurso de casación" mediante sent. 299, del 14/11/2012, se expide con motivo del recurso de casación interpuesto por el fiscal de la Cámara de Acusación, en contra de la sent. 44, de 17/7/2012, dictada por la Cámara de Acusación.

El juez de Familia y Violencia Familiar, con competencia en la materia, emitió órdenes judiciales de restricción de acercamiento mutuo para los procesados, las cuales les fueron ciertamente notificadas y no obstante ello se hizo caso omiso a los mandatos impartidos, razón por la cual se configura el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239, CPen.).

Deja en claro el tribunal que la desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo dicha normativa específica, claramente encuadran dentro de la figura penal del art. 239, CPen., dado que se está frente a un destinatario determinado a quien la autoridad pública competente le notificó una prohibición y su incumplimiento lesiona el bien jurídico protegido; esto es, el compromiso expresamente asumido por la administración de justicia, como parte del Estado, para erradicar y sancionar los hechos de violencia intrafamiliar; máxime cuando estas órdenes son impartidas con el fin de hacer cesar conductas que denuncian violencia y para prevenir o evitar que ellas se reiteren poniendo en peligro, la vida, la salud o la integridad psicofísica de la víctima.

Se analizan los requisitos necesarios para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad, previsto en el art. 239, CPen., que reprime al que desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones. La figura supone el incumplimiento de una orden, la cual no sólo debe emanar de una autoridad material y territorialmente competente, sino que además debe ser clara, concreta, destinada a una o a varias personas determinadas y debidamente comunicada; es decir, que ese mandato sea ciertamente conocido por quien o quienes son objeto de él

El bien jurídico penalmente protegido se asienta en el correcto desempeño de la función pública, comprensiva tanto de la actividad administrativa, la judicial y la legislativa. El caso particular del delito de desobediencia a la autoridad tiene como ámbito de tutela la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, los que, mientras reúnan las formalidades legales, son de inexcusable cumplimiento.

La idea de desobediencia está conceptualmente relacionada con la noción de "orden" y se entiende por tal al "mandato emitido por una autoridad a una o varias personas determinadas, de cumplir una disposición de la autoridad pública".

Para que se configure el tipo delictivo previsto en el art. 239, CPen., esta orden impartida por la autoridad no debe tener prevista una sanción especial, vale decir, que la omisión de cumplimentar la orden no puede estar sancionada por otra norma del ordenamiento jurídico, puesto que el acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones en el marco del derecho civil.

Para que se produzca tal desplazamiento, es decir, para que la conducta incumplidora de la orden quede fuera de la órbita del derecho penal, la sanción por el particular incumplimiento deberá estar especialmente prevista: no lo producirán medidas de índole general que no tengan una clara tipicidad sancionadora o que sólo posean carácter preventivo o persigan la finalidad de hacer cesar la infracción.

El tribunal distingue entre las órdenes de prohibición de acercamiento y contacto entre el agresor y la víctima que encuentran su origen y ámbito de aplicación en la Ley de Violencia Familiar (arts. 10, 20 y 21, ley 9283) y las restricciones de cualquier tipo de comunicación entre víctima y victimario impuestas por el órgano judicial como condición para el

mantenimiento de la libertad, conforme lo dispuesto por el art. 268 in fine, CPP, bajo apercibimiento de ordenar su detención.

En los casos de desobediencia a las órdenes de restricción de contacto dispuestas por el órgano judicial en el marco de la Ley de Violencia Familiar (arts. 12 y 21, incs. d y e, ley 9283), la situación es distinta y merece otra respuesta.

Las prohibiciones dispuestas conforme a la normativa de violencia familiar no se tratan de meros incumplimientos de mandatos dispuestos para regular aspectos de la vida privada, dado que la violencia intrafamiliar expone una problemática que reviste trascendencia social y así fue receptado por la ley en cuanto establece que ella es de orden público y de interés social (art. 1, ley 9283).

Esta trascendencia es la que hace que se vea afectado el bien jurídico protegido por la norma penal en cuestión cuando se incumplen estas órdenes de restricción, ya que dicha conducta incumplidora implica un menoscabo de la función judicial, en su compromiso institucional por minimizar y erradicar la violencia de los ámbitos familiares.

La desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo dicha normativa específica, claramente encuadran dentro de la figura penal del art. 239, CPen. Nos encontramos frente a un destinatario determinado a quien la autoridad pública competente le notificó una prohibición y su incumplimiento lesiona el bien jurídico protegido; esto es, el compromiso expresamente asumido por la administración de justicia, como parte del Estado, para erradicar y sancionar los hechos de violencia intrafamiliar; máxime cuando estas órdenes son impartidas con el fin de hacer cesar conductas que denuncian violencia y para prevenir o evitar que ellas se reiteren poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad psicofísica de la víctima.

Cuando existen "sanciones especiales" que amenacen el incumplimiento de estas órdenes de restricción desplazando en consecuencia el tipo penal de la desobediencia a la autoridad, y que lo hagan sin dejar de tutelar el compromiso institucional asumido por la administración de justicia frente a estos hechos de violencia, debe encuadrarse en el tipo penal.

El a quo argumenta que la figura delictiva de la desobediencia a la autoridad no puede aplicarse a estos casos de violencia familiar, porque la

misma ley que rige en la materia (art. 30, ley 9283), faculta al juez para imponerle al agresor que incumple con las obligaciones dadas o cuando se reiteran hechos de violencia familiar, las "instrucciones especiales" previstas en el Código de Faltas (art. 36, incs. 1 a 4, ley 8431 modificada por ley 9444), consistentes en la asistencia a cursos educativos, el cumplimiento de tratamientos terapéuticos, trabajos comunitarios o la prohibición de concurrencia a determinados lugares.

Estas "instrucciones especiales", previstas en el Código de Faltas como penas sustitutivas de las penas de multa y arresto, no pueden ser traspoladas con ese carácter, toda vez que si el objeto de la ley de violencia de familiar hubiera sido el que sean aplicadas como sanciones, es decir, como pena ante las desobediencias, debería haber previsto en su normativa un procedimiento previo a su aplicación a fin de respetar y dar cumplimiento a la garantía constitucional del art. 18, en cuanto nadie puede ser penado sin juicio previo.

Esta remisión que formuló el legislador al Código de Faltas, tiene como propósito dotar a la autoridad judicial actuante de herramientas que le permitan, para el caso que lo considere necesario, aplicar alguna o algunas de estas medidas, no como sanción sustitutiva de la prevista en el Código Penal para el delito de desobediencia a la autoridad, sino como medida preventiva de nuevos hechos de violencia y como medida educativa a fin de hacerlos cesar.

La Ley de Violencia Familiar establece que el juez podrá imponer estas "instrucciones especiales", con lo cual concibe su aplicación como una facultad discrecional del órgano judicial, pero no como un mandato, perdiendo el carácter sancionador que el iudex pretende asignarle.

Las "instrucciones especiales" no configuran el requisito de "sanción especial" y, por lo tanto, no desplazan la figura del delito de desobediencia a la autoridad, en tanto resulta sancionadora de un incumplimiento que entorpece la función judicial