

Algunas normas del Código Civil luego del Código de la Niñez y la Adolescencia*

Mabel Rivero **

RESUMEN. Este trabajo parte de la identificación del ámbito de aplicación subjetiva del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, con especial referencia a la situación del concebido. Tras mencionar la incidencia que opera sobre el derecho sucesorio como consecuencia de la modificación de la redacción de un artículo referido a filiación legítima, estudia algunas normas del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia; en particular, las que han dado lugar a interpretaciones que implican que determinados institutos fundamentales del derecho de familia, como la patria potestad, han sido derogados por obra del nuevo codificador. También estudia la situación legal de aquellas personas a las que el codificador asigna el nombre de *responsables* frente a los niños y adolescentes. Finalmente, procura desentrañar la aplicación de las normas referidas a la legitimación adoptiva en no muy clara consonancia con aquellas insertas bajo el rótulo "De los hogares de cuidado".

ABSTRACT. This paper starts from the determination of the area of subjective application of the new Children and Adolescents Code, especially as regards the situation of the conceived child. After making reference to the influence on Succession Law as a consequence of the change in the wording of an article about legitimate filiation, it studies some regulations from the new Children and Adolescents Code; particularly, those that have led to interpret that certain fundamental family law institutions, such as patria potestas, have been revoked by the new codifier. It also studies the legal situation of those people whom the codifier designates as *responsible* for the children and adolescents. Finally, it aims to decipher the

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** Profesora Titular (grado 5) de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

regulations relative to legitimate adoption, which are not in consonance with those designated as "foster-home care".

PALABRAS CLAVE. Normas jurídicas; Código Civil; Código de la Niñez y la Adolescencia; derecho sucesorio; adopción; legitimación adoptiva; patria potestad; filiación.

KEY WORDS. Legal regulations; civil code; children and adolescents code; succession law; adoption; legitimate adoption; patria potestas; filiation.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación del CNA. 2.1. Niños y adolescentes. 2.2. El concebido. 3. El niño y adolescente en cuanto sujeto de derecho. 4. Viabilidad. 5. Patria potestad. 6. Vigencia de la patria potestad luego de sancionado el Código de La Niñez y la Adolescencia. 7. Deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad. 8. Deberes de los padres que no ejercen la patria potestad y de los responsables. 9. La patria potestad y las relaciones de los padres sobre los bienes de sus hijos. 10. La patria potestad y la legitimación adoptiva. 11. Abandono. Bibliografía.

1.

INTRODUCCIÓN

Pretendemos en este trabajo, sin que ello signifique un estudio profundo sobre el tema, referirnos a la incidencia que el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA) ha tenido sobre el Código Civil, especialmente en aquellos temas que han despertado controversias o que generan dificultades en la comprensión de algunos textos.

2.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CNA

2.1. NIÑOS Y ADOLESCENTES

Ante todo, podemos ver que el artículo 1.º dispone que el Código se aplica a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad, identificando como niños a los menores de trece años y como adolescentes a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad.

Podemos apreciar que el codificador no emplea el término *personas*, sino *seres humanos*, pero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil, son personas todos los individuos de la especie humana, lo que significa que, aunque el nuevo codificador

omita emplear el término *persona*, ello no deja lugar a dudas sobre los individuos a quienes se aplica el CNA.

2.2. EL CONCEBIDO

El codificador del CNA ha soslayado el tema referido al momento en el cual se es persona, si se es tal desde el nacimiento o desde la concepción, por lo que queda en pie la discusión referida al *nasciturus*, al concebido.

Sin embargo, en el propio texto podemos encontrar alguna norma que nos permite aceptar que el codificador ha reconocido la calidad de persona al concebido, tal vez sin que haya tenido en cuenta su alcance.

Así, el artículo 197 del CNA, al regular la investigación de la paternidad o maternidad, declara que la paternidad o maternidad declaradas asegurarán al niño o adolescente todos los derechos correspondientes a la filiación natural, en especial los derechos hereditarios inherentes a ella, así como los alimentos para su desarrollo y bienestar y el derecho a llevar los apellidos de quienes resulten declarados como sus padres.

El artículo siguiente, en el numeral 2, dispone que podrán iniciar la acción la madre o el padre, desde que se constata la gravidez hasta que el hijo cumpla dieciocho años de edad.

Es decir que, si se dicta sentencia rápidamente, y ello antes del nacimiento del hijo, se podrá reclamar alimentos para él a los efectos de lograr su desarrollo, o sea, a los efectos de culminar la gravidez en buenas condiciones.

¿Quién será entonces el beneficiado por los alimentos? Parece adecuado aceptar que lo es la persona que aún no ha nacido y por quien en definitiva se ha accionado, aun cuando no hubiere nacido, y ello con la finalidad de permitirle los alimentos necesarios para su desarrollo.

También el artículo 46 del CNA permite similar interpretación, cuando dispone que se consideran alimentos los gastos de atención de la madre durante el embarazo, desde la concepción hasta la etapa del posparto. Podemos pensar en el caso en que la mujer no puede pedir alimentos para sí pero la norma le permite pedir alimentos para el hijo concebido, como dispone el artículo mencionado.

Hacemos estas puntualizaciones pues, aunque el nuevo codificador no haya querido referirse expresamente, en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, a las personas, surge del artículo 21 del CC que el CNA se refiere a las personas, y que, aunque haya

querido eludir el compromiso referido a la situación del concebido, podemos aceptar que del articulado surge la aceptación de que el concebido es persona, aunque los derechos que pueda adquirir en cuanto tal están sujetos a la condición resolutoria de nacer vivo, sin perjuicio de que para algunos de ellos —por ejemplo, los hereditarios— se requiera nacer vivo y ser viable.

Interesa hacer notar que algunos de esos derechos se pueden haber hecho efectivos durante la concepción y en nada incidirá el nacer vivo o no; sería el caso de los alimentos que, de acuerdo con el concepto amplio dado por el artículo 46 del CNA, comprenderán incluso el ítem salud, que incluye a nuestro entender no sólo las acciones de reparación y rehabilitación de la salud, sino también las de prevención de enfermedad, como los controles clínicos y paraclínicos.

Entendemos que el Pacto de San José de Costa Rica, cuando declara en el artículo 4 el derecho a la vida desde el momento de la concepción, confirma nuestra posición. Se ha refutado esta interpretación porque el legislador cuando se refiere al mismo dice “por lo general el derecho a la vida”, pero nos parece inaceptable que por un lado declare y reconozca un derecho y por otro lo destruya.

3.

EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE EN CUANTO SUJETOS DE DERECHO

Podemos aceptar que quienes no se desempeñan como juristas puedan decir —como se está afirmando desde que se sancionó la Convención de los Derechos del Niño, y como se lo repite ahora, luego de la sanción del CNA— que ambos textos convierten al niño y al adolescente en sujetos de derecho.

Podemos apreciar una terminología que se ha extendido desde diversas tiendas, que no son las de los juristas, la cual refleja una confusión conceptual, pero lo más grave es que, según hemos podido apreciar, dicha terminología ha contagiado también a los juristas.

Como es por todos sabido, basta con ser persona para tener la calidad de sujeto de derecho, sin importar la edad, y en cuanto tal ser titular de los derechos derivados de esa

calidad (tal vez algo más que titular de relaciones jurídicas), derechos que no siempre podrá el sujeto ejercer por sí mismo, porque para ello el legislador ha tenido en cuenta la posibilidad de que comprenda las consecuencias de los actos que pueda realizar, y eso en función de la edad y de que su mente no se encuentre afectada.

Así pues, en términos generales podemos decir que el menor de edad, en tanto persona, es titular de los derechos emergentes de tal calidad, pero que el legislador le limita la capacidad de obrar, o sea, la capacidad de ejercer por sí mismo tales derechos.

Y en atención a los actos o negocios jurídicos de que se trate, le reconoce sin embargo la validez de ciertos actos o negocios jurídicos, con lo que escapa a la consecuencia de una posible nulidad de éstos.

Puede contraer matrimonio aun siendo menor de edad, siempre que sea un púber legal (12 años para la mujer y 14 para el varón) con autorización de sus representantes legales, aunque la falta de ésta no acarrea la nulidad del matrimonio; si se contrajere antes de la pubertad legal, podrá no obstante no estar afectado de nulidad si transcurren los plazos referidos por el legislador en el artículo 201 del CC. Puede válidamente testar cuando es legalmente púber, realizar determinados contratos en situaciones excepcionales previstas por el legislador, como la del artículo 2250 del CC, referida al depósito, e incluso celebrar capitulaciones matrimoniales siempre que estuviere asistido para ello por las personas cuya autorización se requiere para contraer dicho matrimonio (artículo 1956 del CC).

Simplemente mencionamos estos puntos sin pretender agotarlos, a los efectos de realzar que los menores de edad son sujetos de derecho que tienen limitada su capacidad de obrar, e insistimos en ello a los efectos de que se comprenda el alcance de las normas que analizaremos, y ello sin perjuicio de que el CNA amplíe en algunas situaciones dicha capacidad de obrar.

Así podemos mencionar el artículo 30 del CNA, que modifica sustancialmente el artículo 235 del CC al permitir que se reconozca un hijo natural o extramatrimonial cualquiera sea la edad del reconociente, mientras que el CC requería para ello que, si el reconociente era menor de edad, fuera casado o habilitado. (Actualmente debemos referirnos solamente al habilitado por el matrimonio, ya que habilitación y emancipación han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico por llegarse a la mayoría de edad a los 18 años [ley 16.719].)

El nuevo texto condiciona la validez del reconocimiento, *cuando se trata de impúberes*, a la aprobación judicial previa vista del Ministerio Público. No obstante el texto, entendemos que lo que se requiere en el caso debe ser la autorización judicial, en la medida en la

que las autorizaciones desobstaculizan la realización de los actos o negocios jurídicos, y en lo referido al reconocimiento de un hijo el obstáculo será la impubertad del reconociente.

Tal exigencia no es requerida cuando el reconociente es menor de edad pero es púber, o sea, cuando es mayor de 14 años si es varón y mayor de 12 si es mujer (artículo 831 del CC).

La situación de quienes no tienen su plena capacidad es identificada por la doctrina a la hora de calificar los contratos que vinculen a tales personas y que son celebrados por sus representantes legales, como sujetos de la voluntad y sujetos del interés.

Los representantes legales legitimados para celebrar los negocios jurídicos que no pueden celebrar quienes no tienen su plena capacidad son, pues, identificados como sujetos de la voluntad, pues son ellos quienes celebran el negocio, y el destinatario de éste es designado como sujeto del interés.

En materia de capacidad para contratar, será el representante legal del menor quien estará legitimado para ello, y éste en la mencionada calidad de sujeto del interés será quien asumirá los efectos del contrato realizado.

Cuando el menor de edad contrae matrimonio, queda habilitado por ello, y podrá entonces realizar los actos y asumir las obligaciones de un mayor de edad, excepto aquellas para las que el legislador específicamente lo declare incapaz (artículo 307 del CC).

4.

VIABILIDAD

Podemos aceptar que en materia filiatoria el CNA ha modificado sustancialmente las normas que han regido en lo referido a filiación legítima o matrimonial, no solamente declarando que son relativas las presunciones al determinar la filiación legítima, sino también los plazos máximos y mínimos de extensión de la gestación del concebido.

Asimismo, ha modificado sustancialmente las acciones vinculadas al desplazamiento de la filiación legítima, ya se trate de la acción de desconocimiento de la paternidad o de las acciones de impugnación de legitimidad (y estas últimas vinculadas a la posesión de estado de hijo legítimo), temas ellos muy importantes que exceden el propósito de este trabajo.

También han sido sustanciales las modificaciones introducidas por el legislador en lo referido a la filiación natural o extramatrimonial, tanto en lo que tiene que ver con el emplazamiento en ella como consecuencia del reconocimiento del hijo, como cuando aquél deriva de las correspondientes acciones de investigación filiatoria, temas que solamente mencionamos porque exceden el propósito de este trabajo.

Lo que nos ha parecido del caso analizar es un punto vinculado al derecho sucesorio, que el nuevo codificador no tuvo en cuenta al referirse a la acción de desconocimiento de la paternidad en el caso de que el hijo nazca antes de transcurridos ciento ochenta días de la celebración del matrimonio (artículo 216 del CC).

En la nueva redacción de dicho artículo, el codificador ya no hace referencia alguna a la viabilidad, que originariamente refería a “haber nacido viable, esto es, de vida y haber vivido veinticuatro horas naturales”, texto que fue objeto de diversas interpretaciones, entre ellas la de Vaz Ferreira,¹ según quien era viable el que hubiera nacido vivo y viviera 24 horas contadas momento a momento. La cuestión de la viabilidad tenía relevancia al momento de comprobar si se era capaz de recibir bienes, ya fuera por herencia o legado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 835 del CC (que se remitía al 216 en el inciso final), o si podía desconocerse al hijo no viable, o sea, al que no hubiera nacido vivo y hubiera vivido 24 horas.

Actualmente debemos tener en cuenta que el artículo 835 del CC referido a la capacidad para suceder mantiene el texto: “Son incapaces de suceder el que no estuviere concebido al momento de abrirse la sucesión, o aunque concebido no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 216”, artículo cuya redacción, como decimos, el CNA modificó totalmente, sin hacer mención alguna al punto referido a la viabilidad.

Al interpretar ahora el artículo 835 debemos tener en cuenta que no hay referencia alguna vinculada a la extensión de vida del nacido, por lo que debe aceptarse que es viable quien nace vivo y con aptitud para proseguir viviendo, y que en definitiva es esta la capacidad que el legislador requiere para poder suceder, tanto a título universal como a título particular.

¹ VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. I, págs. 345-356, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1967.

5.

PATRIA POTESTAD

Los representantes legales de los menores de edad sujetos a patria potestad son ambos progenitores, salvo que ocurra la muerte, la incapacidad o la pérdida de la patria potestad por parte de uno o de los dos.

La patria potestad se ejercerá en varias vertientes: en la referida a las relaciones personales del progenitor con su hijo (artículos 256, 257, 258 y 259 del CC), en la referida a las relaciones patrimoniales (artículos 266 267 y concordantes del CC) y en la referida a la representación de los hijos (artículo 258 del CC).

El articulado del Código Civil en lo referido al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos o matrimoniales se extiende desde el artículo 252 hasta el 274, mientras que el artículo 275 refiere a la patria potestad sobre los hijos naturales o extramatrimoniales, emplazados en tal estado civil mediante el *reconocimiento*.

6.

VIGENCIA DE LA PATRIA POTESTAD LUEGO DE SANCIONADO EL CNA

El tema a tratar es si, como consecuencia del CNA, el instituto de la patria potestad ha sido tácitamente derogado, como sostiene algún fiscal.

Creemos que tal posición deriva de aceptar que la patria potestad es un derecho, mientras que toda la doctrina y la jurisprudencia aceptan que es en el *deber* del progenitor donde hay que poner el acento a la hora de conceptualizar tal instituto jurídico.

Al respecto podemos mencionar a Belluscio,² quien señala que, con las modificaciones introducidas al artículo 264 del CC, se dejó de considerar la patria potestad como

² BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, t. II, pág. 303, 4.ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1986.

un derecho, para admitir que es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral. De allí surge que el instituto se establece en interés de los hijos y no de los padres.

Planiol y Ripert,³ con una definición muy similar a la anterior, agregan que la patria potestad se concede a los padres como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir hacia sus hijos.

Finalmente, Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade⁴ señalan que la transformación que el transcurso del tiempo ha operado sobre la patria potestad la lleva a una institución tutelar y protectora del hijo menor.

Hemos creído siempre⁵ que los derechos del niño son derechos subjetivos, para ejercer los cuales carece de la capacidad de obrar a que hace referencia Messineo⁶ o capacidad de ejercicio según Colin y Capitant,⁷ y al día de hoy afirmamos que tiene no solamente la voluntad potencial de querer, como dijimos entonces. Tiene una posibilidad de querer que será tenida en cuenta por sus representantes legales o por los magistrados, según los distintos casos, derecho que aparece ahora específicamente reconocido por el nuevo Código (ya aparecía en la Convención sobre los Derechos del Niño) cuando dispone que sus derechos serán ejercidos de acuerdo con la evolución de sus facultades y reiteradamente establece el derecho del niño a ser oído y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Surge a nuestro entender que el artículo 8 del CNA no desmiente lo que decimos, al expresar que todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana, que tales derechos serán ejercidos de acuerdo con la evolución de sus facultades y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. Expresa que en todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

³ PLANIOL, Marcelo, y RIPERT, Jorge, *Derecho civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, colección Clásicos del Derecho, vol. VIII, México, 1999, pág. 255.

⁴ BAUDRY LACANTINERIE - HOUQUES-FOURCADE, *Trattato teorico-pratico de diritto civile delle persone*, vol. V, pág. 141, Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1923.

⁵ RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Patria potestad, guarda y tenencia*, 2.ª edición actualizada, 1991, págs. 7-115.

⁶ MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, t. II, págs. 109-122, Imprenta Balmes, Buenos Aires, 1954.

⁷ COLIN Y CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. I, Dalloz, París, 1957, pág. 868.

Expresa asimismo que podrá acudir a los tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, para lo que es preceptiva la asistencia letrada. El juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Creemos que la designación de curador a que refiere será pertinente, como específica el mismo artículo, cuando sus intereses estén en contraposición con los de sus padres, tutores o curadores (contraposición que deberá entenderse en sentido amplio, comprensiva del desinterés de éstos), como dispone el artículo 458 del CC, y que el texto no autoriza a prescindir de la representación de sus progenitores cuando ellos ejerzan la patria potestad y coincidan con los intereses de los menores de edad.

Al llegar a la mayoría de edad, la persona adquirirá esa capacidad de obrar o de ejercicio, si previamente no ha sido habilitada por el matrimonio, en cuyo caso adquirirá una capacidad de obrar limitada.

El arsenal de derechos que el CNA reconoce a los niños y adolescentes no es nada más que la traducción de los derechos que éstos tienen en cuanto personas, derechos que siempre han tenido (sin perjuicio de que el CNA les reconoce específicamente el derecho a la recreación, en el artículo 9).

Si bien estos derechos no siempre han sido tenidos en cuenta por quienes han trabajado en el ámbito de la minoridad, ello no significa que los niños y adolescentes no hayan sido titulares de tales derechos.

El artículo mencionado identifica los derechos esenciales de niños y adolescentes: derecho a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratados en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, religión, etnia o condición social.

Es del caso señalar que el derecho a su identidad permite que el adolescente reconocido como hijo extramatrimonial tenga derecho a expresar su voluntad ante el oficial de Estado Civil a los efectos de poder seguir usando los apellidos con los que hasta entonces había sido identificado (artículo 32 del CNA). Similar derecho se le acuerda en el caso de la adopción (artículo 27.10).

7.

DEBERES DE LOS PADRES EN EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Los deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad hacia sus hijos podemos individualizarlos en lo referido a las relaciones personales, que configuran la guarda jurídica sobre ellos, diciendo que se expresan:

1. *En el cuidado de la persona* de tales hijos, deber que trasciende la obligación alimentaria, pues, de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución, el cuidado y la educación tienen como finalidad que los hijos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social. Debe recordarse que el artículo 279.B del Código Penal dispone que el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

2. *En el deber de educación*, entendido en sentido amplio, que comprende la instrucción y la formación del hijo, a los efectos de que éste alcance su pleno desarrollo y madurez.

3. La doctrina ha agrupado, dentro de lo que denomina *dirección del hijo*, el derecho a vigilar su correspondencia, sus relaciones, impedirle las relaciones que se estimen peligrosas, elegir su religión, etc.⁸

Sobre estos puntos es necesario tener en cuenta las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituyen derecho interno y que es necesario armonizar con el CNA, ya que sus artículos 12, 13, 14, 15 y 16 refieren específicamente a los derechos a la libertad de expresión, así como a sus restricciones legales necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional o el orden público, o para proteger la salud o la moral públicas. Así como se habla del

⁸ COLIN y CAPITANT: op. cit.

respeto al derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, se respeta el derecho de los padres y, en su caso, de los representantes legales a guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades. Con esto queremos decir que es necesario armonizar lo dispuesto en ambos textos legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues es claro que los derechos reconocidos a niños y adolescentes deben ser ejercidos por ellos de acuerdo con la evolución de sus facultades, como lo dispone el artículo 8 del CNA y surge también de la Convención, y ese ejercicio no significa que hayan desaparecido la patria potestad o la tutela.

Creemos que ello debe interpretarse como el derecho a su ejercicio aun contra la voluntad de sus representantes legales, debiendo ser oído, como dispone el artículo 8 del CNA, con la posibilidad de que cuando fuere necesario se designará curador especial que lo represente, pero el que sea oído no significa que deba aceptarse siempre su voluntad, pues ello puede derivar en la privación de los derechos que el codificador le reconoce y declara.

La representación legal de padres y tutores no ha desaparecido, pero cuando su desinterés en el de los menores de edad o la oposición de intereses lo torne necesario, se requerirá la designación de un curador especial, como surge del artículo 8 del CNA combinado con el artículo 458 del CC.

También se requerirá la designación de curador especial cuando el menor de edad no se encuentre sometido ni a patria potestad ni a tutela.

4. *En la corrección del hijo*, que aparece mencionada en el artículo 16 del CNA y en el artículo 261 del CC, el primero de los cuales habla de corrección adecuada y el segundo, de corrección moderada, según la redacción dada por la ley 16.603, admitiendo este último texto que, si la corrección moderada no fuere suficiente, se puede solicitar al juez competente, aun verbalmente, su internación en un establecimiento adecuado.

No encontramos norma en el CNA que refiera a esta situación, pues la posibilidad de internación —y como última medida— está prevista para los casos en que los adolescentes cometan infracciones a la ley penal (artículo 76.12), y del texto del CC no se desprende que se trate tal situación.

Al parecer la inconducta tiene que ver con el comportamiento social o familiar del menor de edad, y en tal situación la intervención será a nuestro entender ante el juez de familia, quien según el caso dispondrá la atención médica o psicológica del menor de edad o del grupo familiar.

8.

DEBERES DE LOS PADRES QUE NO EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y DE LOS RESPONSABLES

Queremos señalar que nos hemos referido a los derechos y deberes de los padres hacia los hijos sobre los que ejercen la patria potestad, pues nos estábamos ocupando específicamente de tal instituto jurídico. Pero es importante tener en cuenta que tales deberes no son exclusivos de los padres en ejercicio de la patria potestad, sino que surgen por el solo hecho de la procreación, ya que el texto constitucional (artículo 41), cuando refiere a los derechos y deberes de los padres, no los limita a los progenitores en ejercicio de la patria potestad.

También ahora el artículo 16 del CNA iguala los deberes de los padres y de los responsables pero no se refiere a sus derechos, de lo que entendemos que, de todos modos y en lo referido a los padres, éstos tienen todos los deberes y derechos que permitirán lograr la total capacidad corporal, intelectual y social de los hijos que refiere el artículo 41 de la Constitución.

En cuanto a la situación de los responsables que menciona el artículo 16 del CNA, son varias las interrogantes que podemos formularnos:

1) ¿A qué personas se refiere el codificador cuando habla de responsables?

En primer lugar, entendemos que lo son los padres de los menores de edad, que en este artículo están por otra parte específicamente mencionados junto con los responsables, y por lo tanto distinguidos de los restantes posibles responsables.

El término *responsable* empleado por el codificador del CNA tiene un significado distinto del que le da el Código Civil, que lo menciona al referirse a los delitos y cuasidelitos (artículos 1320, 1322, 1327, 1328, 1330 del CC).

Creemos que bajo tal denominación puede entenderse a aquellas personas que ejercen la representación legal de los menores de edad, como es el caso de los tutores y curadores (sin perjuicio, por supuesto, de la situación de los progenitores que ejercen la patria potestad).

Pero, dado el articulado del Código, que por otra parte se refiere a hogares de cuidado en el Capítulo XI, III, o grupos de crianza en el artículo 12, empleando una

terminología que no es específicamente jurídica, creemos que será necesario buscar la intención del legislador.

En el artículo 133 del CNA el legislador menciona la tenencia como una de las posibles vías para resolver la situación del niño o adolescente cuando se dispone la separación definitiva regulada en tal texto.

De las diversas disposiciones del CNA surge el propósito del codificador de que el niño y el adolescente permanezcan junto a su familia, y si ello no fuere posible se apela a otros hogares, aceptando finalmente la posibilidad de la institucionalización con características de hogar, donde se les pueda brindar la posibilidad del desarrollo integral.

El artículo 36 del CNA refiere a la tenencia del niño o adolescente por terceros, y dispone en el numeral 3 que quien la ejerza está obligado a brindarles la protección y los cuidados necesarios para su desarrollo integral. De ello podemos inferir entonces que son también responsables quienes legalmente ejercen la tenencia de los niños y adolescentes.

Nos referimos a una tenencia otorgada por el magistrado competente, pero debemos recordar que no es inusual que ésta se solicite o se convenga con la finalidad de obtener determinados beneficios sociales. En tales casos, creemos que la formalidad derivada de la intervención judicial significa solamente el cumplimiento de un requerimiento legal para lograr dichos beneficios, y no es a esa situación a la que nos referimos.

También lo serían aquellas personas a quienes el magistrado confiera la guarda jurídica de un menor de edad al cabo de un proceso en que, por ejemplo, se limite la patria potestad del o de los progenitores.

Nos queda la duda referida a la situación en la que un tercero asume voluntariamente la tenencia de un niño o adolescente y ello sin intervención judicial.

Creemos que del artículo 260 del CC puede aceptarse que también los terceros que asumen voluntariamente la prestación de alimentos a los menores de edad en la situación prevista por el codificador pueden entenderse como sus responsables. El artículo referido dispone que, si el hijo menor de edad ausente de la casa paterna no pudiese ser atendido por sus padres con lo que necesita por razón de alimentos (artículo 121), las suministraciones que con ese objeto se le hagan por cualquier persona se juzgarán hechas con autorización de aquéllos.

El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas a los padres lo más pronto posible. Toda omisión voluntaria sobre ese punto hará cesar la responsabilidad de los padres.

Este artículo es similar en su primera parte a lo dispuesto en el Código argentino, pero nuestra norma agrega que la omisión voluntaria hará cesar la responsabilidad de los

padres, la que entendemos que en realidad no legitima la conformación de un enriquecimiento sin causa, por cuanto quien omite la comunicación a los padres debe entenderse que lo hace con intención de liberalidad.

Sin perjuicio de ello, y en la medida en que los padres aceptan que un tercero cubra las necesidades alimentarias de su hijo, con todo el alcance que le confiere el artículo 121 del CC, ampliado al día de hoy con el concepto de alimentos que define el artículo 46 del CNA, creemos que en tal situación también ese tercero puede ser considerado responsable.

2) ¿Qué derechos tiene el responsable frente al menor de edad, ya que el artículo 16 solamente menciona sus deberes?

Creemos que deberá tenerse en cuenta el caso concreto, pero que la regla surgirá al considerar los deberes que menciona el artículo 16 del CNA. De acuerdo con el literal B, debe alimentarlo, cuidar su salud, su vestimenta y velar por su educación; según el literal E, debe corregir adecuadamente a los hijos o tutelados; según el literal H, velar por que asistan a los centros de estudio y participen en el proceso educativo, y todo ello de acuerdo con el literal C, es decir, respetando el derecho del niño o adolescente a ser oído y que se considere su opinión. La contrapartida de estos deberes conforma el ejercicio de los derechos que le permitan cumplir con tales deberes, y creemos que deberá tenerse en cuenta cada caso concreto a los efectos de determinar los derechos del responsable. Ello unido a los deberes que a su vez tiene el menor o adolescente, que aparecen determinados en el artículo 17 del CNA.

Por último, mencionamos la importancia que adquiere el tema de los responsables a la hora de estudiar la responsabilidad extracontractual derivada de los daños ocasionados por niños o adolescentes.

En tal caso deberá recordarse que, de acuerdo con el artículo 1320 del CC, los niños menores de diez años son incapaces, por lo que son responsables del daño por ellos causado las personas que los tengan bajo su cuidado, sin posibilidad de resarcirse sobre los bienes que tenga o pueda en el futuro adquirir quien causó el daño teniendo menos de diez años. En tales situaciones se entiende que es necesario probar la culpa de quien lo tenía bajo su cuidado.⁹

⁹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XIX, FCU, Montevideo, págs 141-152; GAMARRA, Jorge, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXII, pág. 731: "Lo nuevo y lo viejo en la responsabilidad extracontractual".

Si, en cambio, se tratara de niños mayores de 10 años y se los tuviera bajo autoridad, convivencia y contralor, es posible aceptar la responsabilidad objetiva del responsable, derivada de los daños ocasionados por tales menores de edad, pero también es posible que el responsable pueda resarcirse con los bienes que tenga o pueda adquirir quien causó el daño siendo menor de edad pero mayor de 10 años.

9.

PATRIA POTESTAD Y RELACIONES PATRIMONIALES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS

Tratando ahora las relaciones patrimoniales derivadas de la patria potestad, no vemos que haya norma alguna que modifique las disposiciones del Código Civil en cuanto a la administración de los bienes de los hijos, salvo el artículo 209 del CNA, que faculta a los jueces de familia o los jueces letrados departamentales a entregar la administración de los bienes de los niños o adolescentes, cuando lo considere conveniente, a instituciones bancarias de notoria responsabilidad.

La norma se encuentra inserta en el capítulo XVI, que trata de la pérdida, limitación, suspensión o rehabilitación de la patria potestad, de lo que surge que la facultad conferida a los magistrados está vinculada a tales procesos.

Fuera de este caso, están vigentes las normas referidas a la calidad de administradores de los bienes de sus hijos que declara el artículo 267 del CC, así como los artículos que refieren a determinadas prohibiciones de los progenitores sobre los bienes de sus hijos menores de edad.

Finalizando este punto, entendemos que no han sido modificadas las normas referidas al ejercicio de la patria potestad en lo que respecta a las relaciones patrimoniales

10.

PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

Un tema que ofrece gran interés y dificultades es el de la situación de abandonado a que hace referencia el CNA al tratar la legitimación adoptiva.

Dicho Código modifica sustancialmente el instituto jurídico mencionado, no en cuanto a sus efectos pero sí en cuanto a las exigencias derivadas de la ley madre, la ley 10.674, y sus modificaciones derivadas de distintas leyes.

En cuanto a los legitimantes, se mantiene la exigencia de que estén unidos en matrimonio, pero adquiere relevancia el concubinato *more uxorio* que antes de aquél hubiere ligado a quienes pretenden proceder a la legitimación adoptiva de un niño o adolescente. Ello es así porque, si bien el CNA exige cuatro años de matrimonio, acepta computar como tal el previo concubinato entre ambos cónyuges (artículo 145.1), situaciones no previstas antes del nuevo Código, en que se exigían cinco años de matrimonio y no se aceptaba tener en cuenta el concubinato previo.

Tal exigencia en cuanto a la extensión de la unión actualmente requerida puede ser obviada por motivo fundado y expreso, como también pueden obviarse tanto las edades requeridas a los legitimantes —actualmente 25 años de edad (30 años en la legislación anterior)— como los quince años de diferencia entre legitimantes y legitimado, todo ello siempre por motivo fundado y expreso sin oposición del Ministerio Público, tal como previamente también se aceptaba en lo referido a estos dos últimos requisitos. A los legitimantes se les exigía originariamente haber ejercido la tenencia del menor durante tres años, plazo posteriormente abatido a un año.

A nuestro entender, una de las modificaciones más importantes introducidas en el CNA es la referida a la prueba de la situación de abandonado del niño o adolescente a quien se pretende legitimar; en definitiva, en todas las hipótesis referidas por el legislador subyacía el abandono en la redacción originaria de la ley 10.674.

Si uno estudia las hipótesis previstas por dicha ley, comprende que ello es así pues no basta con ser huérfano de padres para justificar la legitimación adoptiva del menor de edad. Si el niño es hijo de padres realmente desconocidos y se encuentra bajo la tenencia de terceros, seguramente es porque los progenitores lo han abandonado; también si se trata de un pupilo del Estado, y a texto expreso el codificador permite la legitimación

adoptiva del hijo legítimo propio conjuntamente con el actual cónyuge, siempre que el otro progenitor lo hubiere abandonado.

El decreto ley 14.759, del 27/11/1978, modificó la redacción del artículo 1.º de la ley 10.674, posteriormente modificado por la ley 12.486, el que quedó redactado, en lo que nos interesa destacar, como sigue: “Queda permitida la legitimación adoptiva a favor de menores abandonados, de huérfanos de padre y madre, de pupilos del Estado, del hijo de padres desconocidos o del hijo o hijos reconocidos por uno de los legitimantes”, requiriendo, como decíamos, que hubieran tenido al menor bajo su guarda o tenencia por un término no inferior a un año.

Originariamente la ley no preveía como posible la legitimación de los hijos propios de uno de los legitimantes, fueran naturales o legítimos. Posteriormente ello se autorizó por el decreto-ley 14.759, y por la ley 16.108 se autorizó la legitimación adoptiva del hijo legítimo de uno de los legitimantes si el otro progenitor legítimo hubiera perdido la patria potestad por abandono de su hijo, remitiendo al numeral 7 del artículo 285 del CC, requisito este último omitido en la redacción del CNA. A esto agregamos que en el numeral 3 del artículo 144 del CNA se dispone que, en caso de existir hermanos en situación de abandono, se propenderá a su integración conjunta en una familia adoptiva.

11.

ABANDONO

No obstante las modificaciones sufridas por la ley 10.674, seguía vigente la exigencia del inciso 4 del artículo 2, que decía: “La condición de menor abandonado se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad”.

La norma referida ofrecía dificultad de interpretación para aquellos casos en que no se ejercía la patria potestad sobre el menor de edad por haberse omitido su reconocimiento cuando era un hijo natural o extramatrimonial, y luego de muchas vacilaciones se aceptó que en tales casos era necesario probar el abandono en cuanto tal.

Pero el grave problema era determinar cómo se configuraba el abandono.

La legitimación adoptiva quedaba entonces enraizada con el concepto abandono, y en los textos legales uno encontraba que, según el artículo 285.7 del CC, una de las

causales de pérdida de la patria potestad aparecía “*si se comprobare en forma irrefragable que durante un año han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben*”. El Ministerio Público y el Juez competente apreciarán la prueba, atendida la situación de los padres y *muy especialmente las conveniencias del menor*” (esto último en la redacción dada por la ley 16.603). El numeral 7 referido termina diciendo que sólo por causas excepcionales, acreditadas debidamente, el juez podrá conceder a los padres la readquisición de los derechos de que hubieran sido privados por dicha causal.

Surge pues de lo expresado que podía ser legitimado adoptivamente el menor de edad sobre quien sus progenitores hubieren perdido la patria potestad por abandono, configurado por no prestarle durante un año los cuidados y atenciones que se le deben, y si no ejercían la patria potestad se requería probar igual conducta.

Como todos los que hemos trabajado en derecho de familia sabemos, hay situaciones que usualmente se han tipificado como de semiabandono, y ello ocurre cuando el o los progenitores concurren muy esporádicamente a visitar sus hijos en instituciones donde han sido internados por razones económicas, o en hogares de personas conocidas que les han prestado albergue.

Conociendo el progenitor o la progenitora que si durante un año no concurre a visitar su hijo éste será declarado abandonado, lo visita esporádicamente en el transcurso del año, situación que tradicionalmente se ha entendido que no configura el abandono, a pesar de que el niño no identifique a ese progenitor debidamente o, si lo hace, demuestre el desapego entre ambos.

La gran omisión del legislador, a nuestro parecer, ha sido evaluar solamente el elemento *tiempo* a los efectos de la configuración del abandono, desechando elementos tan importantes como el grave deterioro de los lazos afectivos entre el menor y sus progenitores, lo que lleva a que los niños permanezcan institucionalizados o en hogares a los que en definitiva no pertenecen en cuanto a relación familiar, aun cuando se pretenda legitimarlos adoptivamente, por entenderse que no se ha configurado el abandono. Ello según una lectura piedeletrista del texto.

Debemos siempre recordar que ha permanecido constante el principio, declarado en la ley 10.674, de que la legitimación adoptiva debe ser motivada y “*siempre que sea beneficiosa para el menor*”, y actualmente el CNA refiere al interés superior del niño o adolescente añadiendo aún una cuota mayor de relevancia al determinar si hacer o no lugar a una legitimación adoptiva.

Más allá de estas reflexiones, encontramos que el CNA, al referirse a la legitimación adoptiva, sigue identificando el abandono como una de las situaciones que pueden dar lugar a ella, y expresa en el último inciso del artículo 144 que la condición de abandono se acreditará por sentencia ejecutoriada, para lo que deben seguirse los procedimientos establecidos en el artículo 133 y concordantes

Ahora bien, los artículos 132 y 133 aparecen bajo el numeral III (referido a los hogares de cuidado) del capítulo XI, que se titula “Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales”.

Del artículo 132 surge que, cuando se entrega un niño o adolescente a una persona ajena a su familia biológica, tanto quien lo entrega como quien lo recibe debe poner el hecho en conocimiento del juez de familia dentro de las cuarenta y ocho horas. Frente a ello, el magistrado debe adoptar las medidas urgentes de protección necesarias, solicitar informes psicológicos y sociales a los efectos de determinar las posibilidades de que el niño permanezca en su familia de origen y disponer las medidas de apoyo familiar. Si no es posible que permanezca en su familia de origen, se procederá como indica el artículo siguiente

Del artículo 133 siguiente surge a su vez que la separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen se dispondrá por sentencia dictada en proceso extraordinario, en el que serán emplazados los padres o responsables, así como quienes se hubieran ocupado de él hasta la entrega a que hace referencia el artículo 132, proceso en el que será oído el niño o adolescente, al que además se le designará defensor. El juez dictará sentencia una vez que haya obtenido información suficiente y será asesorado por equipo técnico especializado.

Del artículo mencionado surgen las directivas que el codificador da al juez para proceder en caso de que se resuelva la separación definitiva del niño o adolescente: inserción en hogares que permitan salvaguardar sus vínculos afectivos, ya sea en tenencia de terceros o en hogar institucional que ofrezca garantías para su desarrollo, o la adopción. En este último caso intervendrá el INAU o institución autorizada, norma que no precisa el alcance de la intervención ni el plazo en el que deberá expedirse.

Entendemos adecuado aceptar que el magistrado confiera un plazo al INAU para expedirse, y que, en caso de que no lo haga en el tiempo fijado, el silencio será tomado como aceptación de la propuesta de legitimación adoptiva.

Finaliza el artículo mencionado disponiendo que, cuando los padres o familiares presten su consentimiento, éste sólo será válido si ha sido dado en presencia del juez, con el asesoramiento necesario y en conocimiento de las consecuencias derivadas de ello.

De acuerdo con el CNA, pues, antes del pronunciamiento judicial en el proceso voluntario que regirá la solicitud de legitimación adoptiva (artículo 146) deberá haberse recorrido los procedimientos mencionados.

Varias son las observaciones que podemos formular al respecto

- a) Ya no es la pérdida de la patria potestad la que identificará el abandono, como disponía la ley 10.674.
- b) Entendemos que la patria potestad la perderán los progenitores que la ejercieran, como consecuencia de la sentencia que autoriza la legitimación adoptiva, pues de allí en adelante se cortarán todos los lazos que unían al menor de edad con su familia (artículo 149 del CC).
- c) El codificador no tiene en cuenta situaciones de hecho anteriores a la vigencia del CNA, y por lo tanto no puede seguirse una interpretación piedeletrista del texto codificado. Así, en caso de existir una sentencia de pérdida de patria potestad por abandono anterior a la vigencia del CNA, parece inadmisibles exigir el comienzo del proceso a que hace referencia el artículo 133 de este Código, pues no hay nada que razonablemente lo requiera, y si se había dictado sentencia de pérdida de la patria potestad fue porque el proceso correspondiente fue iniciado por los futuros legitimantes y en él ya se había probado el abandono de acuerdo con las normas entonces vigentes.
- d) La ausencia en el CNA del factor *tiempo* para la configuración del abandono, que previamente surgía del artículo 285.7 cuando debía recurrirse a la pérdida de la patria potestad, debe llevarnos a admitir que el codificador actual prescinde de ese elemento y lo que debe tenerse en cuenta es el tan mentado principio de *atender al interés superior del niño o adolescente*, lo que puede significar que se identifiquen como abandono aquellas situaciones que hasta ahora se han identificado como de semiabandono. De todos modos, creemos que la omisión en el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad o maternidad es lo que conduce a tipificar la situación de abandono, cuando ello conlleva la ruptura o el grave deterioro de las relaciones afectivas entre padres e hijos.
- e) Surge del texto codificado que el legislador tiene en cuenta también a los integrantes de la familia de origen a la hora de prestar el consentimiento para la separación definitiva, y en aras de la seguridad y estabilidad para el niño será éste el único momento en que podrá tenerse en cuenta su voluntad, así como la voluntad de sus progenitores.

- f) Creemos pues que, cuando sea exigible el cumplimiento del artículo 133 del CNA, no será válida la oposición que pudiera formularse a la legitimación adoptiva si válidamente se aceptó la separación definitiva en el proceso referido en dicho artículo, por cuanto debemos recordar que el proceso referido en dicho artículo es un proceso extraordinario contencioso, donde se pueden interponer las vías recursivas legalmente previstas por el CGP.

Ello, como decimos, en aras de la estabilidad emocional del niño, figura central en la situación de que se trata.

Finalmente, decimos que empleamos el término *abandono* pues el legislador así lo hace, sin ignorar que actualmente se lo rechaza por entenderlo estigmatizante para el niño, quien por ello aparece cosificado.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUDRY LACANTINERIE, G., y WAHL, Alberto, *Trattato teorico pratico de diritto civile. Delle Persone*, Dottor Francesco Vallardi, Milán.
- CESTAU, Saúl, *Derecho de familia y familia*, FCU, Montevideo, 1977.
- COLIN, Ambroise, y CAPITANT, Henri, *Traité de droit civil*, Dalloz, París, 1957.
- ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. IV: "Derecho de Familia I y II", Bosch, Barcelona.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, FCU, Montevideo, 2004.
- GATTI, Hugo, *Personas*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, IIN-OEA-CIDH, Montevideo, 2002.
- MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte primera, vol. IV: "La familia", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1928.
- RIVERO DE ARHANCET, M., *Patria potestad, guarda y tenencia*, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Montevideo, 1991.
- SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil*, t. I, Parte general, vol. 3, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1962.