

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA  
FRANCISCO A. M. FERRER  
DANIEL HUGO D'ANTONIO



# DERECHO DE FAMILIA

**Tomo IV**

Colaboraron como autoras en esta obra:

**MARÍA MAGDALENA GALLI FIANI**

Tomo I, Capítulo III, *Parentesco. Alimentos. Visitas*

Tomo IV, Capítulo XXII, *Violencia familiar*

**SARA NOEMÍ CADOCHÉ**

Tomo II, Capítulo XI, *Bien de familia*

---

**RUBINZAL - CULZONI EDITORES**

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires  
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

# ÍNDICE SUMARIO

## CAPÍTULO XVIII

### BIOMEDICINA, BIOÉTICA, BIODERECHO, PROCREACIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN

por FRANCISCO A. M. FERRER ✓

1. La revolución biotecnológica . . . . .	9
2. Biomedicina, bioética y bioderecho . . . . .	10
3. Desarrollo de la biología y la biomedicina . . . . .	11
4. Aparición de la bioética . . . . .	16
5. El bioderecho o derecho biomédico . . . . .	20
6. Los principios del bioderecho . . . . .	25
7. Las técnicas de asistencia médica a la procreación . . . . .	34
8. Derecho de procrear. Intervención de los poderes públicos . . . . .	35
9. Opciones del legislador. La cuestión del embrión <i>in vitro</i> . . . . .	37
10. Dos concepciones éticas. Necesidad del diálogo pluralista . . . . .	40
11. Regulación legal: tendencias legislativas . . . . .	43
12. Las diversas técnicas . . . . .	46
13. Impacto jurídico de las técnicas . . . . .	57
14. La situación en nuestro país . . . . .	60
15. Reglas jurídicas en nuestro Derecho sobre aplicación de las técnicas que surgen de principios generales y de la doctrina predominante . . . . .	63
16. Cuestiones que plantea la fecundación con gametos de persona extraña a la pareja . . . . .	72

17. Anonimato de los dadores. . . . .	72
18. Naturaleza de los gametos y actos dispositivos de los mismos . . . . .	77
19. Condiciones exigibles a los dadores. . . . .	78
20. Acciones reclamatorias e impugnatorias de la filiación. . . . .	79
21. Legitimación del hijo . . . . .	79
22. Impugnación de la paternidad. . . . .	80
23. Impugnación de la maternidad . . . . .	88
24. Tendencias sobre la regulación legal de la fecundación heteróloga . . . . .	92
25. Maternidad subrogada. . . . .	95
26. Mujeres solas. . . . .	103
27. Fecundación <i>post mortem</i> . . . . .	107
28. Transferencia a la mujer del embrión <i>in vitro</i> después del fallecimiento del padre . . . . .	114
29. Clonación . . . . .	118
30. Parejas homosexuales. Transexuales . . . . .	126
31. Responsabilidad civil en la procreación asistida . . . . .	128

**CAPÍTULO XIX**  
**PATRIA POTESTAD** ✓  
por DANIEL HUGO D'ANTONIO

1. El concepto de patria potestad en nuestro Derecho . . . . .	131
2. Antecedentes históricos . . . . .	133
3. Denominación de la institución . . . . .	135
4. Naturaleza de la patria potestad . . . . .	136
a) La patria potestad como derecho . . . . .	136
b) La patria potestad como poder familiar . . . . .	137
c) La patria potestad considerada una función . . . . .	137
d) La patria potestad como poder-función . . . . .	138
e) Tesis de Cafferata . . . . .	138
f) Complejo funcional de derechos y deberes . . . . .	138
g) Posición que afirma la condición de derecho natural . . . . .	139

h) La patria potestad como derecho subjetivo familiar.....	139
i) Nuestra opinión.....	140
5. Caracteres de la patria potestad.....	141
a) Relatividad de los derechos.....	141
b) Contralor estatal.....	142
c) Irrenunciabilidad.....	143
d) Jerarquía constitucional.....	144
e) Carácter evolutivo.....	145
6. El denominado “ejercicio” de la patria potestad. Sistemas legislativos.....	148
7. Acuerdos sobre el ejercicio de la patria potestad.....	150
8. El ejercicio de la patria potestad en los hijos matrimoniales. Distintos supuestos.....	153
9. Ejercicio de la patria potestad en los hijos extramatrimoniales.....	161
10. Contenido de la patria potestad. Derechos-deberes que la integran.....	163
a) Asistencia.....	164
1) Asistencia moral.....	164
2) Asistencia material.....	166
b) Educación.....	169
11. Tenencia.....	172
12. La representación paterna.....	176
a) Aspectos generales.....	176
b) Extensión de la representación paterna. Universalidad. Excepciones.....	179
c) La representación paterna y los derechos fundamentales filiales.....	180
d) Asistencia.....	182
e) Límites de la representación paterna.....	182
f) Actos pasados sin la debida autorización judicial.....	183
g) Actos prohibidos.....	184
h) Responsabilidad por daños.....	185
13. Administración paterna de los bienes filiales.....	196
14. Usufructo.....	198

15. Modalidades a las que se encuentra sujeta la patria potestad. Extinción. Pérdida o privación. Suspensión del ejercicio. Desmembramiento .....	200
a) Aspectos generales .....	200
b) Causales de extinción .....	200
1) Muerte .....	200
2) Ausencia con presunción de fallecimiento .....	201
3) Mayoría de edad .....	201
4) Emancipación legal .....	201
5) Profesión monástica .....	202
6) Causal correctamente excluida: emancipación dativa .....	203
7) Causal de extinción agregada por la reforma. Adopción .....	204
c) Pérdida o privación de la patria potestad .....	205
d) Causales de privación .....	206
1) Condena penal .....	206
2) Abandono .....	207
3) Malos tratos, ejemplos perniciosos, conducta notoria y delincuencia. ....	210
e) Restitución de la patria potestad en caso de pérdida .....	212
f) Juez competente .....	213
g) Posibilidad de graduar la medida estableciendo otra modalidad .....	213
h) Suspensión del ejercicio de la patria potestad. ....	214
1) Ausencia .....	214
2) Insania .....	216
3) Inhabilitación. ....	217
4) Pena de privación de libertad por más de tres años .....	217
5) Decisión judicial en caso de entrega del hijo a organismos de protección .....	218
i) Restitución del ejercicio de la autoridad de los padres. ....	221
j) Causal omitida. Emancipación por habilitación de edad .....	222
k) Suspensión del ejercicio por desacuerdos reiterados o causa grave .....	222
l) El Patronato del Estado como función tutelar subsidiaria .....	223
m) Desmembramiento de la patria potestad. ....	223

## CAPÍTULO XX

### ADOPCIÓN

por DANIEL HUGO D'ANTONIO

1. Concepto y naturaleza jurídica . . . . .	229
a) La adopción como acto jurídico. Visión contractualista . . . . .	229
b) La adopción como institución de protección familiar y social . . . . .	231
c) La adopción como medio de prevención del abandono . . . . .	232
d) La adopción como institución de protección al menor . . . . .	232
e) Nuestro concepto. . . . .	234
2. Antecedentes históricos . . . . .	235
3. La adopción en el Derecho argentino . . . . .	238
a) Antecedentes de la receptación legislativa . . . . .	238
4. Régimen legal vigente. Ley 24.779 . . . . .	241
5. La adopción en la Convención sobre los Derechos del Niño. . . . .	242
a) La adopción como sistema tutelar. . . . .	242
b) Eventual consentimiento de los interesados . . . . .	244
6. Incorporación del régimen legal adoptivo al Código Civil . . . . .	245
7. Principios incorporados por la ley 24.779 . . . . .	246
8. Clases de adopción . . . . .	247
a) El doble régimen adoptivo . . . . .	247
9. Adopción plena. Principales caracteres . . . . .	248
10. Adopción simple. Notas caracterizantes. . . . .	250
11. Sujetos de la adopción . . . . .	252
a) Aspectos generales . . . . .	252
b) Sujetos sustanciales. . . . .	253
1º) El adoptando. . . . .	253
A) Edad. . . . .	253
B) Situación jurídica. . . . .	256
C) Análisis de los distintos supuestos . . . . .	257

2º) El adoptante .....	261
A) Adopción unipersonal y por persona casada .....	261
B) Edad del adoptante y diferencia de edades con el adoptado .....	264
C) Residencia mínima en el país .....	266
D) Cumplimiento del requisito de guarda preadoptiva ....	266
E) Idoneidad del adoptante .....	268
F) Inscripción en el Registro de Aspirantes .....	268
G) Inexistencia de ineptitudes derivadas del parentesco ...	270
12. Aspectos procesales del juicio de adopción .....	271
13. Efectos de la adopción .....	272
14. Nulidad .....	274
15. Inscripción registral .....	275
16. Efectos de la adopción conferida en el extranjero .....	276
a) Delimitación conceptual .....	276
b) Tratamiento de la adopción internacional en la legislación ....	277
17. La adopción internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño. Reserva argentina al respecto .....	279

## CAPÍTULO XXI

### **TUTELA. GUARDA DE MENORES. MINISTERIO DE MENORES. TUTELA OFICIAL**

por DANIEL HUGO D'ANTONIO 

#### I. TUTELA

1. Concepto .....	285
2. Antecedentes históricos .....	286
3. Caracteres .....	287
4. Capacidad para ser tutor .....	290
5. Clases de tutela .....	292
6. Tutela testamentaria .....	292
7. Tutela legal .....	294

8. Tutela dativa . . . . .	295
9. La tutela oficial . . . . .	296
10. Tutela emergente de curatela . . . . .	297
11. Tutela especial. . . . .	298
12. El discernimiento . . . . .	299
13. Derechos-deberes del tutor . . . . .	300
14. Incapacidades de derecho . . . . .	302
15. Obligación de rendir cuentas . . . . .	303
16. Responsabilidad del tutor . . . . .	304
17. Retribución . . . . .	304
18. Extinción de la tutela . . . . .	305
19. Remoción y excusación del tutor . . . . .	306
20. Visión jurisprudencial de la tutela como institución de protección al menor . . . . .	306
21. La tutela en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño . . . . .	306

## II. GUARDA DE MENORES

1. Aspectos generales . . . . .	307
2. Especies de guarda. La guarda de hecho . . . . .	309
3. Guarda de hecho y patria potestad . . . . .	311
4. Responsabilidad del guardador. . . . .	311
5. Finalización y modificación de la guarda. . . . .	312
6. La guarda en la ley 26.061 . . . . .	312
7. La guarda en la Convención sobre los Derechos del Niño. . . . .	313

## III. MINISTERIO DE MENORES

1. Concepto . . . . .	313
2. Funciones . . . . .	313

## IV. TUTELA OFICIAL

1. Concepto . . . . .	317
2. Titularidad y ejercicio. . . . .	318



3. La tutela oficial y la ley 26.061 .....	319
a) Consideraciones generales .....	319
b) La ley 26.061 y la interpretación de sus alcances.....	327
4. El Ministerio Público de la Defensa y la reforma constitucional de 1994 .....	329

## CAPÍTULO XXII

### VIOLENCIA FAMILIAR

por MARÍA MAGDALENA GALLI FIANI <sup>J</sup>

1. Violencia en las relaciones de familia.....	333
2. Violencia familiar y proceso judicial .....	336
a) Violencia en las familias fuera de las leyes contra la violencia familiar .....	336
b) Un nuevo abordaje: el proceso previsto en las leyes específicas .....	336
c) El rol del juez en el proceso .....	338
1º) Despacho de medidas de oficio .....	338
2º) Despacho de medidas no enumeradas en las leyes .....	339
3º) Despacho de medidas de prueba .....	340
d) Sujetos protegidos.....	341
1º) Leyes que se refieren a los integrantes del grupo familiar en forma genérica.....	341
2º) Leyes que exigen la convivencia entre la víctima y el agresor.....	341
3º) Leyes que no requieren convivencia entre el agresor y la víctima.....	342
e) El familiar agresor.....	343
1º) No se juzga la responsabilidad por los hechos que configuran violencia intrafamiliar.....	343
2º) Derecho de defensa del agresor .....	343
3. Medidas para prevenir o hacer cesar la violencia familiar .....	345
a) Naturaleza de las medidas.....	345

b)	Requisitos de procedencia de las medidas .....	347
1º)	El riesgo .....	347
2º)	La urgencia .....	349
3º)	Las medidas se caracterizan por su temporalidad .....	350
c)	Las medidas en particular .....	351
4.	Incidencia del proceso por violencia familiar en otros procesos de familia o que involucren relaciones de familia .....	359
a)	Cuando un hecho compatible con la violencia familiar configura también un ilícito penal .....	359
b)	Hechos de violencia familiar y relación conyugal .....	360
c)	Denuncia por violencia familiar y otros procesos de familia en curso .....	361
d)	Demandas por daños y perjuicios .....	361
e)	Violencia contra los niños .....	362
f)	Delito de impedimento de contacto y proceso por violencia familiar .....	363
g)	Proceso por violencia familiar y alegación de abuso sexual ....	364
5.	La dinámica del proceso por violencia familiar .....	365
a)	El impacto de la violencia familiar en los tribunales de familia .....	365
b)	Mediación y violencia familiar: ¿es posible? .....	367
c)	Deber de denunciar .....	369
1º)	Las normas .....	369
2º)	Las prácticas .....	371

## CAPÍTULO XXIII

### **RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES**

por FRANCISCO A. M. FERRER ✓

I.	Introducción .....	377
a)	Ilícitos exo y endofamiliares .....	377
b)	Evolución de la familia y de los principios de la responsabilidad civil .....	378

c)	La familia . . . . .	379
d)	Evolución de los presupuestos de la responsabilidad por daños . . . . .	384
e)	Influencia de la evolución de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia . . . . .	387
f)	Límites a la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil en las relaciones de familia . . . . .	390
g)	Función protectoria y disuasiva del Derecho de Daños . . . . .	393
h)	Derecho Comparado . . . . .	395
i)	Conclusión . . . . .	402
II.	Uniones de hecho . . . . .	402
a)	Legitimación del conviviente supérstite para demandar por daños y perjuicios al tercero responsable de la muerte de su compañero/a . . . . .	403
b)	Indemnización por ruptura de la unión concubinaria . . . . .	413
c)	Resarcimiento por la obstaculización del régimen de visitas . . . . .	417
d)	Responsabilidad entre progenitores extramatrimoniales por incumplimiento de la cuota alimentaria fijada para los hijos menores . . . . .	418
III.	Guardadores de hecho . . . . .	418
IV.	Esponsales. Noviazgo . . . . .	419
a)	Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa matrimonial . . . . .	419
b)	Obligación de resarcir del tercero responsable de la muerte de uno de los prometidos . . . . .	428
V.	Responsabilidad por oposición infundada a la celebración del matrimonio y por denuncia maliciosa de impedimento . . . . .	431
VI.	Responsabilidad civil en las relaciones conyugales: nulidad de matrimonio . . . . .	432
VII.	Responsabilidad civil en las relaciones conyugales: separación y divorcio . . . . .	435
a)	Ubicación del tema . . . . .	435
b)	Las tres doctrinas sobre la procedencia del resarcimiento en el divorcio . . . . .	437
c)	Naturaleza de la responsabilidad . . . . .	446
d)	Separación personal y divorcio . . . . .	446
e)	Presupuestos de la responsabilidad civil divorcial . . . . .	447

f) El daño resarcible: extensión . . . . .	456
g) Daño moral . . . . .	456
h) El daño moral resarcible no es un efecto necesario del divorcio contencioso. Entidad del daño moral . . . . .	459
i) Circunstancias indicativas de la intensidad del agravio . . . . .	461
j) Aplicaciones jurisprudenciales . . . . .	466
k) Circunstancias que disminuyen o excluyen la existencia de daño moral . . . . .	470
l) Adulterio agravado por falsa atribución de paternidad al marido . . . . .	474
m) Prueba del daño moral . . . . .	475
n) Fijación de la cuantía del daño moral. Aspecto procesal . . . . .	477
ñ) Criterio del juez . . . . .	479
o) Daño material . . . . .	480
p) Responsabilidad de terceros . . . . .	482
q) Improcedencia de la compensación . . . . .	483
r) La acción resarcitoria . . . . .	483
s) Otros daños que pueden derivar de situaciones conexas al divorcio . . . . .	488
VIII. Daños en la relación filial: incumplimiento de los deberes de asistencia, educación y comunicación con los hijos; abusos; daño patrimonial por mala administración; daños derivados del divorcio o de la ruptura de la unión de hecho . . . . .	504
a) Deberes de asistencia y educación . . . . .	504
b) Abusos . . . . .	510
c) Falta de comunicación con los hijos . . . . .	512
d) Retención o rapto del hijo menor por el progenitor no tenedor . . . . .	516
e) Daños derivados del divorcio o de la ruptura de la unión de hecho . . . . .	516
f) Daño patrimonial en la administración de los bienes de los hijos menores . . . . .	519
IX. Daños en la relación filial: responsabilidad de los progenitores por transmisión de enfermedades o anomalías genéticas hereditarias en la procreación natural . . . . .	520
a) Transmisión de infecciones o enfermedades contagiosas con el acto de la concepción . . . . .	522

b)	Transmisión de enfermedades o anomalías genéticas hereditarias con el acto de la concepción . . . . .	528
c)	Transmisión de infecciones o enfermedades al feto por relaciones sexuales sucesivas a la concepción, o por comportamientos o conductas negligentes o imprudentes de la madre embarazada, o por contagio accidental . . . . .	529
X.	Daños en la procreación médicamente asistida . . . . .	531
a)	Marco normativo . . . . .	531
b)	Estatuto jurídico del embrión humano . . . . .	533
c)	Derechos esenciales del nascituro . . . . .	542
d)	Daños resarcibles que pueden inferirse a los derechos del embrión . . . . .	545
e)	Legitimados pasivos: responsabilidad del médico, del equipo médico y de las clínicas . . . . .	546
f)	Legitimados activos . . . . .	549
g)	Los padres como legitimados pasivos . . . . .	549
h)	Derecho a la vida: destrucción del embrión . . . . .	550
i)	Daño a la salud del embrión proveniente de los gametos utilizados . . . . .	551
j)	Daños a su integridad psicofísica por deficiente conservación o manipuleo de los embriones . . . . .	554
k)	Empleo desviado del embrión . . . . .	555
l)	Intervención terapéutica en el embrión . . . . .	555
m)	Manipulación genética sin finalidad terapéutica . . . . .	557
n)	Daños a la identidad filiatoria o a la integridad física o psicológica por error en la selección y utilización del material genético, o error de implante del óvulo fecundado . . . . .	561
ñ)	Daño resarcible a la identidad filiatoria del niño por otras situaciones derivadas de las técnicas . . . . .	562
o)	Maternidad subrogada . . . . .	567
p)	Apreciaciones sobre la responsabilidad del profesional en los supuestos de ejecución de las técnicas sin causa médica justificante . . . . .	568
q)	Otras situaciones . . . . .	569
r)	Conclusión . . . . .	571

XI. Daños en la relación filial: falta de reconocimiento voluntario del hijo . . . . .	572
a) La doctrina negativa . . . . .	572
b) La doctrina positiva. . . . .	573
c) Presupuestos de la responsabilidad civil. . . . .	576
d) Eximentes de responsabilidad. . . . .	579
e) Legitimados activos . . . . .	581
f) Legitimados pasivos . . . . .	584
g) Prueba del daño. . . . .	585
h) Fijación del <i>quantum</i> del daño moral . . . . .	586
i) Cuantificación del daño material . . . . .	593
j) Prescripción de la acción . . . . .	593
k) Acumulación de acciones . . . . .	595
XII. Daños en la relación paterno-filial: falsa atribución de paternidad al marido . . . . .	595
XIII. Otros daños familiares por interferencia de terceros . . . . .	598
a) Daños al nascituro durante el embarazo y el parto por culpa médica. . . . .	598
b) Falta de información o información errónea suministrada por el médico a la madre . . . . .	600
c) Daños al nascituro por culpa médica en la procreación médicamente asistida . . . . .	602
d) Daños por pérdida del padre del nascituro a raíz de un hecho ilícito. Daño moral . . . . .	603
e) Daño a la actividad sexual conyugal . . . . .	604
f) Daño a la serenidad familiar . . . . .	606
g) Daño del hijo menor inimputable víctima de un accidente. Responsabilidad del tercero y de los padres. . . . .	608
XIV. Responsabilidad de los padres por daños a terceros producidos por sus hijos menores. Tutores y curadores. . . . .	610
a) Antecedentes . . . . .	610
b) Sistema de nuestro Código . . . . .	611
c) Presupuestos . . . . .	613
d) Minoridad del hijo . . . . .	613

e) Los padres deben encontrarse en ejercicio de la patria potestad sobre el hijo .....	620
f) Cohabitación del hijo con el progenitor responsable .....	627
g) Producción de un daño resarcible a un tercero .....	629
h) Eximentes .....	633
i) Acciones de regreso .....	643
A) Acción de los padres contra el hijo .....	643
B) Acción regresiva de uno de los progenitores contra el otro ..	644
j) Características de la responsabilidad paterna .....	645
k) Fundamentos .....	648
l) Tutores y curadores .....	651