



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

KRASNOW, ADRIANA NOEMÍ  
EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012  
EN ARGENTINA

Revista Chilena de Derecho, vol. 41, núm. 1, abril-, 2014, pp. 315-349

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177031774015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012 EN ARGENTINA

## THE FAMILY LAW REFORM PROJECT IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE 2012 IN ARGENTINA

ADRIANA NOEMÍ KRASNOW\*

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1 A MODO DE INICIO

El estudio del Derecho de familia exige asumir una actitud tolerante y receptora de los cambios continuos que se suceden en la sociedad posmoderna que nos comprende, donde se antepone la protección de la persona en su unicidad y en su relación con los demás.

En este marco, se instala el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial 2012 en Argentina (en adelante, Proyecto), cuyo contenido se enmarca en la doctrina internacional de derechos humanos como se desprende del conjunto de enunciados que captan los principios y valores contenidos en la Constitución nacional argentina y en los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía (art. 75, inc. 22, CN). Claramente se confirma esto, tras la lectura de los Fundamentos: “... *En nuestro anteproyecto..., tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos recono-*

*cidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina... Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*”.

Así, quienes han intervenido en el proceso de elaboración del Proyecto que motiva este trabajo, se propusieron en lo que respecta al Derecho de familia, captar en sus enunciados los cambios que se han logrado de forma gradual y que se consolidaron con firmeza desde la reforma de la ley fundamental argentina en el año 1994.

En este orden, cabe citar como ejemplos de apertura: la flexibilización de las normas rígidas que conforman el régimen de matrimonio civil vigente; el reconocimiento de efectos en las uniones convivenciales; la valorización de la participación de niñas, niños y adolescentes en toda cuestión de familia que los comprenda; la tendencia a conservar la coparentalidad tras el cese de la convivencia de los padres cuando coadyuve al mejor interés de los hijos; la amplitud de los legitimados activos en las acciones de filiación matrimonial; la adopción conjunta a favor de convivientes; la exigencia proclama-

\* Investigadora Adjunta, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina); Doctora en Derecho; Miembro del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; Prof. Adjunta Derecho Civil V (Derecho de Familia), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, correo electrónico: adrikrasnow@arnet.com.ar.

da en numerosos fallos judiciales en relación a la necesidad de contar con un régimen legal de procreación humana asistida.

En los puntos que siguen, se busca trasladar al lector una descripción general de los cambios y aportes que la reforma introduce en los institutos que conforman el Derecho de familia, desde un abordaje que no se limitará a su análisis en lo abstracto, sino que se contextualizará con el desarrollo que precedió al Proyecto. Así desde un estudio que comprenderá lo valorativo, tanto para rescatar lo positivo como para señalar lo negativo, se espera realizar un aporte que permita al lector conocer los móviles y razones que motivaron el cambio que se proyecta.

## 1.2. LOS PRINCIPIOS COMO PILARES DEL RÉGIMEN PROYECTADO

Una manifestación de la visión constitucionalizada del Derecho privado en la que se enrola el Proyecto, se encuentra en los principios que actúan como pilares de todo el régimen: el principio de pluralidad, el principio de autonomía y el principio de solidaridad.

El traslado de estos principios al Derecho de familia, se corresponde con la nueva dimensión que adquiere esta disciplina desde la reforma constitucional del año 1994, al pasar a regular sus institutos en función de la protección de la persona y sus derechos en el marco de la dinámica tanto familiar como social. Con esta apertura queda atrás la familia como centro de protección jurídica<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Respecto a la temática: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa (2006): *Derecho constitucional de familia* (Buenos Aires, Editorial Ediar, primera edición) T. I y II y LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo (2009): *El Derecho de familia desde la Constitución nacional* (Buenos Aires, Editorial Universidad, primera edición).

Si bien en los puntos que siguen se precisa la importancia que tienen estos principios en cada tema a desarrollar, acompañamos en este apartado un encuadre que persigue delimitar contenido y alcance.

### *Principio de pluralidad*

Trabajar en la construcción de un Derecho de familia más humano y como tal respetuoso de la diversidad, exige analizar de forma abierta aquellos datos de la realidad que impactan en la composición interna de cada familia. Así, puede comprobarse fácilmente que en el presente coexisten distintos tipos de familia que no encuadran en los esquemas rígidos pensados en su momento por el codificador argentino cuando se ocupó de la regulación de las relaciones jurídicas familiares.

En este contexto, la familia nuclear tradicional comparte su espacio con otras manifestaciones que responden a variables que se fueron sucediendo como<sup>2</sup>: a) cambios sociales que reducen la función de padre y madre a una sola persona, como la familia monoparental, o que introducen la vinculación de las nociones de padre y madre con la de madre afin-padre afin, como en la familia ensamblada; b) transformaciones sociales que abren las puertas al nacimiento de familias integradas por parejas del mismo sexo y c) avances médico científicos que nos enfrentan a nuevas realidades: 1. concentración total o parcial de la madre genética, gestacional y legal en una misma persona y/o que el padre legal sea o no el padre biológico; 2. pareja de dos mujeres (casadas o en unión convivencial), en la

<sup>2</sup> Sobre evolución de la familia, ver entre otros: ROUNESCO, Elisabeth (2004): *La familia en desorden* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión).

cual una asume el rol de madre gestacional y la otra el lugar de madre genética o una de ellas concentra ambos roles, recurriendo para esto a la dación de material genético de tercero dador conocido o anónimo; 3. pareja de dos mujeres (casadas o en unión convivencial) que recurre a la dación o adopción de un embrión crioconservado, asumiendo una de ellas el lugar de madre gestante; 4. pareja conformada por dos hombres, cuyo hijo común es el resultado de la fecundación con material genético de uno de ellos y material genético de una mujer, quien también asume el rol de madre gestante sin voluntad procreacional; 5. pareja del mismo sexo que concreta el deseo de un hijo común por el camino de la adopción; 6. pareja del mismo sexo, donde uno de ellos adopta al hijo biológico del otro (adopción de integración).

Los supuestos enunciados no agotan el número, puesto que los cambios continuos que se visualizan en la sociedad posmoderna hacen factible que se integren en el devenir otras formas de vivir en familia que deberán ser captadas por el Derecho.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de distintas formas de vivir en familia se corresponde con el principio de pluralidad, conforme el cual en el hoy cabe denominar a la disciplina que se ocupa de su regulación como “Derecho de las familias” en reemplazo del término tradicional Derecho de familia.

En función de lo expuesto, en el presente se visualizan en el ámbito de lo social distintos tipos, como: a) familia nuclear matrimonial; b) familia nuclear extramatrimonial; c) familia ensamblada; d) familia monoparental; e) familia formada por la pareja casada sin hijos; f) familia formada por la pareja conviviente sin hijos; g) familia adoptiva; h) familia constituida por medio

del vínculo derivado de la tutela, curatela y/o guarda. Cabe aclarar que cualquiera de estas realidades, pueden encontrar su origen en la unión legal o de hecho entre dos personas de igual o distinto sexo.

En esta dirección, el Proyecto en sus fundamentos expresa: “... la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la ‘protección integral de la familia’, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica, con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de la unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de la unión anterior, habiendo o no hijos, las que aparecen reconocidas por la ley 26.618...”<sup>3</sup>.

### *Principio de autonomía*

La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia está íntimamente ligada al principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución nacional argentina. Pero, cabe advertir que el manejo autónomo de los asuntos familiares exige su complementariedad con principios y valores constitucionales, como: interés familiar; interés superior del niño; protección integral de la familia, entre otros. Estos últimos quedan comprendidos y amparados en el principio solidaridad familiar. Esta aclaración permite afirmar que el ingreso de este principio no importa sujetar los asuntos familiares al libre albedrío de quienes son parte de la familia. En este marco, el Dere-

<sup>3</sup> La ley 26.618/2010 modifica el régimen de matrimonio civil al extender el complejo personal del matrimonio a favor de las personas de igual sexo.

cho de familia en su dimensión actual abre y cierra las puertas a la autonomía de la voluntad. Las abre cuando desde una concepción tolerante y plural reconoce una multiplicidad de manifestaciones familiares<sup>4</sup>. Recordando lo expresado al referir al principio de pluralidad, el amparo se focaliza en la persona en su unicidad y como miembro de una familia, dejando atrás la protección de la familia como institución.

Este cambio de mirada se traduce en: a) el reconocimiento de distintas formas de familias; b) la valorización y protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la familia; c) la humanización del derecho de familia; d) la democratización de las relaciones jurídicas familiares; e) el respeto de la intimidad y autonomía familiar.

Atendiendo a este proceso de cambio, el Proyecto consagra implícitamente el principio de autonomía cuando regula los dos sectores que conforman el derecho de familia: las relaciones personales-patrimoniales de pareja (matrimonio y/o uniones convivenciales de distinto o igual sexo) y las relaciones personales-patrimoniales entre padres e hijos.

A modo de anticipo de lo que será objeto de desarrollo en los apartados que siguen, cabe citar algunos aportes que residen en este principio. Así, cuando se ocupa del matrimonio, adopta un criterio más flexible al tratar los efectos personales; consagra un sistema convencional no pleno en el marco de las relaciones patrimoniales entre cónyuges; introduce un régimen de divorcio sin expresión de causa. Con similar criterio, cuando dispone respecto a las uniones con-

vivenciales, partiendo de la adhesión al sistema de pactos, regula según se trate de una unión convivencial registrada o no registrada. También se observa una significativa apertura en lo que refiere al instituto de la responsabilidad parental, al declarar como principio propio del instituto la autonomía progresiva y al introducir como novedad el Plan de parentalidad. Por último, cuando trata la filiación, se percibe un significativo avance de la autonomía cuando en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), dispone que la voluntad procreacional define el emplazamiento filial.

Como contracara, el Derecho de familia cierra las puertas a la autonomía de la voluntad, cuando se encuentran comprometidos principios o valores constitucionales, debidamente protegidos en el Proyecto por medio del principio de solidaridad.

### *Principio de solidaridad familiar*

Retomando lo expuesto en párrafos anteriores, el actuar libre y autónomo de la persona en el interior de la familia y en su proyección social, queda sujeto a límites que encuentran su fuente en valores y principios constitucionales, como a) interés superior del niño; b) principio de no discriminación e igualdad; c) principio de identidad, d) solidaridad; e) interés familiar.

Este juego de equilibrio entre autonomía de la voluntad y orden público familiar se traslada al texto del Proyecto y queda plasmado en el principio de solidaridad familiar. A modo ilustrativo, puede citarse: el establecimiento de un régimen primario que responde a normas de orden público en el marco de las relaciones patrimoniales entre cónyuges; el límite puesto a los convivientes al disponer que cuando se celebren los pactos reguladores de efectos,

<sup>4</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (1999); "El concepto constitucional de familia", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 15: pp. 31-43.

no pueden ser contrarios al orden público, a la igualdad y a los derechos fundamentales de cualquiera de los miembros de la unión; la consagración del interés superior del niño como principio propio tanto del instituto de la responsabilidad parental como de la adopción; límites dispuestos al regular la filiación y sus acciones.

Con esta aproximación inicial puede observarse cómo a través de este principio, se aspira al logro de un juego armónico entre autonomía de la voluntad y orden público. Este equilibrio entre principios es el que nos permite sostener que la reforma no importa una contractualización de las relaciones de familia<sup>5</sup>.

### 1.3. EL MÉTODO

El Proyecto de Reforma unifica los códigos civil y comercial, política legislativa que reconoce otros antecedentes en Argentina, como: a) el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1987 (proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación); b) el Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (Proyecto 1993 CF); c) el Proyecto preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92 (Proyecto 1993 PEN) y d) el Proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 (Proyecto PEN 1998). De los antecedentes enunciados, se destaca que el Proyecto de

1998 sirvió de fuente en varios temas contenidos en el Proyecto sujeto a estudio.

En cuanto a su estructura, contiene un Título Preliminar y una Parte General para todo el Código, como así también, partes generales destinadas a cada una de las instituciones que regula, las que a su vez se dividen en Libros: Libro Primero, Parte general; Libro Segundo, Relaciones de familia; Libro Tercero, Derechos personales; Libro Cuarto, Derechos reales; Libro Quinto, Transmisión de derechos por causa de muerte; Libro Sexto, Disposiciones comunes a los derechos personales y reales.

Apartándose del Código vigente, no contiene notas. Pero, se destaca la inclusión en sus enunciados de algunas definiciones que como se expresa en los Fundamentos, “... *tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil...*”.

Otra particularidad que guarda distancia con la legislación civil y comercial vigente, es el haber recurrido a un lenguaje simple que facilite la comprensión del destinatario. Esto se complementa con enunciados cortos que se formulan en tiempo presente por entender la Comisión Reformadora que contribuye al logro de la claridad expositiva.

En lo que refiere a su contenido en vinculación con el objeto seleccionado para este trabajo, cabe referir al Título I del Libro Primero y al Libro Segundo.

El Libro Primero “Parte General”, aborda en el Título I el estudio de la “Persona Humana”, incorporando en la versión que se aprobó como Proyecto, un cambio de paradigma en relación con el Código Civil vigente, cuando define el comienzo de la existencia de la persona física (Capítulo 1) y cuando regula la capacidad en armonía con

<sup>5</sup> En una posición contraria a la expuesta, ver: BASSET, Úrsula C. (2012a): “Introducción y consideraciones sobre la estructura del libro II”, en: Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE (compilador), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina) p. 209.

la autonomía progresiva (Capítulo 2). También, se destaca el traslado a la norma de modificaciones necesarias en el régimen del nombre (Capítulo 4), como así también, en el régimen de tutela y curatela (Capítulo 10). Corresponde señalar que respecto al comienzo de la existencia de la persona, la Cámara de Senadores cuando otorga media sanción al Proyecto descarta la distinción propuesta por la Comisión Reformadora y así conserva la regla originaria que nos rige hoy: el comienzo de la existencia de la persona comienza con la concepción dentro o fuera del seno materno<sup>6</sup>.

Especial atención se brindará en este trabajo al Libro Segundo “Relaciones de Familia”. Se rescata como valioso el método seguido para este Libro por la Comisión Reformadora. Así, siguiendo un orden lógico, se divide en Títulos que en su estructura interna se dividen en capítulos. A su vez, algunos capítulos se fragmentan en secciones.

Siguiendo el criterio adoptado en el Proyecto de 1998, cada Título del Libro Segundo contiene una parte general en la que se introducen conceptos normativos y principios generales. En adhesión a esta decisión, se dijo: “... *Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en cada una de las instituciones porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar lagunas del ordenamiento positivo*”<sup>7</sup>. Entre los temas comprendidos en cada título y que serán motivo de

abordaje, en la segunda parte de este trabajo, cabe enunciar a modo de reseña:

Título I “Matrimonio”, contiene una regulación del matrimonio acto y el matrimonio estado en el aspecto personal (requisitos del matrimonio acto; oposición, celebración y prueba del matrimonio; nulidad de matrimonio; derechos y deberes de los cónyuges; disolución; divorcio). Se destaca como cambio que derivó en posiciones encontradas, el pasaje del divorcio con expresión de causa a un régimen de divorcio sin expresión de causa, siguiendo en líneas generales el criterio del legislador español en la reforma del año 2005.

Título II “Régimen patrimonial del matrimonio”, refiere a las relaciones patrimoniales entre cónyuges (convenciones matrimoniales; adhesión a un régimen convencional no pleno; régimen primario; régimen de comunidad; régimen de separación de bienes). En este Título también se asiste a una modificación profunda, puesto que se proyecta dejar atrás el régimen patrimonial del matrimonio único que nos rige en el presente, para ser reemplazado por un régimen que consagra la libertad de pactar en el marco de variables de regímenes que ofrece la norma, pero con ciertos límites que provienen de lo dispuesto en el marco del régimen primario.

Título III “Uniones convivenciales”. En este sector se asiste a un avance significativo, puesto que hasta el presente esta forma de vivir en pareja se encontraba al margen de la norma. Con el propósito de que este reconocimiento legal no signifique un cambio notorio en relación a la situación vigente, se sigue un criterio abierto que parte de distinguir dos clases de uniones convivenciales: registradas y no registradas. Asimismo, con el fin de preservar la autonomía

<sup>6</sup> El Proyecto con modificaciones recibe media sanción en la Cámara de Senadores el día 28 de noviembre 2013.

<sup>7</sup> MEDINA, Graciela (2012a): “Matrimonio y disolución”, en: julio César RIVERA (director) y Graciela MEDINA (coordinadora), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot) p. 274.

de la voluntad, se faculta a los convivientes a celebrar pactos reguladores de los efectos jurídicos de la unión durante su vigencia y después de su cese, los cuales ajustarán su contenido a límites que el sistema dispone en protección de los derechos fundamentales que pueden resultar comprometidos.

Título IV “Parentesco”. Se introducen modificaciones, destacando entre ellas la incorporación de una nueva fuente de parentesco: la derivada del uso de las TRHA, en consonancia con el traslado a la norma de esta fuente de la filiación. En lo que refiere a los alimentos entre parientes, si bien conserva el orden subsidiario de las personas obligadas a prestarlos, contiene una regulación especial en el Título de la Responsabilidad parental cuando se trata de alimentos por ascendientes que involucra a niños, niñas y adolescentes. Otro cambio se observa en el régimen de comunicación entre parientes al extenderse su alcance para aquellas personas que sin estar unidas por un vínculo de parentesco, sí lo están por un vínculo afectivo significativo<sup>8</sup>.

Título V “Filiación”, contiene importantes modificaciones. En primer término, se introduce como nueva fuente a la filiación por TRHA. Con esta apertura, se distingue la forma de determinación del vínculo según se trate de una procreación natural o asistida, puesto que en la primera se atenderá a la verdad biológica; mientras que en la segunda el vínculo filial se definirá

en función de la voluntad procreacional. En el marco de las acciones, se amplía la legitimación activa en las acciones de filiación matrimonial y se fija un plazo uniforme de caducidad extensivo a todas las acciones. En correspondencia con el reconocimiento del matrimonio y las uniones convivenciales entre dos personas de distinto o igual sexo, se regula la determinación de la filiación atendiendo a estas variables.

Título VI “Adopción”. Esta fuente de la filiación, se regula en función de los principios propios del instituto: interés superior del niño que se materializa en el derecho a conocer los orígenes; preservación de los vínculos frateros; el derecho del niño a ser oído de conformidad a su edad y grado de madurez; consentimiento informado cuando el niño es mayor de diez años. También se introducen cambios en las normas que refieren al proceso de adopción y se suma a los tipos de adopción reconocidos en la regulación vigente –plena y simple–, la adopción de integración.

Título VII “Responsabilidad parental”. Se observan cambios terminológicos que se corresponden con el fin que persigue el instituto: función que tienen los padres en beneficio de la persona y derechos de los hijos. Así, se reemplaza patria potestad por responsabilidad parental; tenencia por cuidado y se consagra como regla el ejercicio y cuidado compartido de los hijos cuando los padres no conviven.

Título VIII “Procesos de familia”. La incorporación de este título sigue la línea legislativa del Proyecto de 1998, el cual comprendió en un título especial el abordaje de las acciones de estado de familia y del proceso de familia en general. En el proyecto en estudio se suma, el tratamiento de los principios generales en el proceso de familia.

<sup>8</sup> KRASNOW, Adriana N. (2011a): “El derecho de comunicación derivado del parentesco”, en: Fabián Eduardo FARAONI, Edith Lelia RAMACCIOTTI y Julia ROSSI (directores), *Régimen comunicacional. Visión doctrinaria* (Córdoba, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, primera edición) pp. 403-426 y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2006): “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1: p. 57.

Después de esta reseña general, se invita al lector a introducirse en la segunda parte, donde se describe y analiza el tratamiento que el Proyecto sigue en los institutos que integran el Derecho de Familia, destacando que el abordaje se limita a matrimonio, unión convivencial, responsabilidad parental, filiación y adopción.

## 2. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE REFORMA

### 2.1. MATRIMONIO

#### 2.1.1. *El matrimonio acto y el matrimonio estado*

La apertura del derecho matrimonial en el Derecho argentino se visualiza en su mayor expresión en dos momentos socio-históricos<sup>9</sup>: cuando en el año 1983, con el regreso a la vida democrática, se inicia el proceso de reconocimiento del divorcio vincular que se concreta con la reforma del Régimen de matrimonio civil en el año 1987 (ley 23.515)<sup>10</sup> y cuando en el año 2010, después de múltiples recursos de amparo en sede judicial que impulsaron la labor legislativa, se asiste a otra reforma del Régimen de matrimonio civil que extiende la libertad

de casarse para las parejas de igual sexo (ley 26.618)<sup>11</sup>.

Con el Proyecto se avanza un paso más. Captando la apertura que instala la ley 26.618, regula el matrimonio entre personas de igual y distinto sexo, fijando como principios generales la libertad e igualdad: “*Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo*” (art. 402). Este enunciado se corresponde en toda su extensión con los valores y principios constitucionales que actúan como pilares del modelo actual del Derecho de familia y, en particular, dentro del Proyecto con los principios de pluralidad y autonomía.

Con esta apertura, las condiciones de existencia del matrimonio se reducen al consentimiento y a la presencia del oficial público; mientras que las condiciones de validez son la ausencia de impedimentos dirimentes y la ausencia de vicios de la voluntad.

En materia de impedimentos dirimentes, se observa una vinculación con el criterio flexible que sigue el Proyecto cuando regula la capacidad, al admitir que una persona privada de salud mental pueda contraer matrimonio con dispensa judicial<sup>12</sup>. De esta forma, se adapta el régimen matrimonial al de salud mental (Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad<sup>13</sup> y ley nacional 26.657<sup>14</sup>).

También se suprime un supuesto que motivó críticas en la doctrina especializada

<sup>9</sup> Respecto de esta temática: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa (2010): *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de Familia* (Buenos Aires, Editorial Ediar, primera edición); LLOVERAS, Nora, FARAONI, Fabián y ORLANDI, Olga (2010): *El matrimonio civil argentino. Análisis de la ley 26.618/2010* (Córdoba, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, primera edición) y KRASNOW, Adriana N., IGLESIAS, Mariana y DE LORENZI, Mariana (2011): *Matrimonio entre personas de igual sexo. Un análisis desde el Derecho de familia y sucesorio* (Buenos Aires, Editorial La Ley, primera edición).

<sup>10</sup> Ley N° 23.515 de 1987.

<sup>11</sup> Ley N° 26.618 de 2010.

<sup>12</sup> El régimen de salud mental establece como regla que toda persona es capaz.

<sup>13</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo de 2006.

<sup>14</sup> Ley N° 26.657 de 2010.

por no tratarse de un impedimento. Nos referimos al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito o por cualquier otro signo inequívoco, puesto que se considera una causal de inexistencia y no de validez del matrimonio por estar ausente el consentimiento como elemento estructural del acto.

Como una derivación del principio de autonomía, cuando el Proyecto se ocupa de las relaciones personales en el matrimonio, resulta ampliada la capacidad de autorregulación de los cónyuges. Así, desde un análisis comparativo entre el régimen civil vigente y el proyectado, se observa una notoria flexibilización que se materializa en la supresión de deberes derechos personales, como el deber de fidelidad y el deber de cohabitación, quedando solo regulado con respaldo en el principio de solidaridad familiar el deber derecho de asistencia y alimentos. Corresponde destacar que el texto que se aprueba con media sanción en la Cámara de Senadores, introduce el término convivencia en el artículo 431: “*Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida común basado en la cooperación, la **convivencia** y el deber moral de fidelidad...*”<sup>15</sup>. Entendemos que este agregado no implica la inclusión del deber legal de cohabitación, puesto que lo sustantivo de este deber reside en la existencia de una comunidad de vida y no en la mera convivencia.

*La supresión del deber de fidelidad cuando se estaba en la etapa de Anteproyecto, motivó un fuerte rechazo por un sector de la doctrina, partiendo del pensamiento común que este deber hace a la esencia del matrimonio y no resulta incompatible con un régimen de divorcio sin expresión de causa. Para conciliar las posiciones encontradas, cuando se presenta el Anteproyecto a la Presidenta de la*

*Nación el día 27 de marzo de 2012, se agrega una mención de este deber en la versión que pasa a ser Proyecto, en el artículo 431: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad”.*

De todas formas, cabe decir que la expresión “deber moral” le resta exigibilidad y, por tanto, deja de tener la importancia que este deber siempre tuvo. Para justificar la decisión tomada por la Comisión reformadora, se expresa en los fundamentos que este deber junto con el de cohabitación tiene un alto valor axiológico, “... *pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas*”. Estos argumentos responden al régimen de divorcio contenido en el Proyecto, el cual queda reducido a una mera petición bilateral o unilateral destinada a poner fin al proyecto de vida común y cuya viabilidad solo depende de que se acompañe junto con ella una propuesta reguladora de efectos. Si hacemos un paralelo con el régimen vigente, surge que en el hoy la pareja casada si bien puede dispensarse en su espacio íntimo del cumplimiento del deber de fidelidad, dicha dispensa carece de trascendencia jurídica puesto que su exigibilidad responde al orden público; mientras que en la norma proyectada, este efecto pierde exigibilidad y, en consecuencia, su incumplimiento no configura un ilícito civil que habilite un juicio de reproche en el marco del proceso de divorcio. Por tanto, partiendo de que la vida de pareja queda reservada al mundo privado, serán sus miembros quienes definirán sin interferencias de terceros de qué manera cumplir con los deberes que hacen al estado de casados.

Desde otra posición, se ha dicho que la supresión de los deberes de fidelidad y cohabitación, convalidaría la conducta del adúltero o de quien incurre en abandono,

<sup>15</sup> La negrita es nuestra.

*“... dejando sin acción a la víctima. Decimos sin acción, porque pudiera parecer que las acciones del derecho civil subsisten y la víctima podría ver resarcido el sufrimiento padecido con alguna acción de daño moral o incluso físico (si devinieran somatizaciones por el trauma, por ejemplo). Pues esto ya no será viable, puesto que la acción carecería de causa: no se configuraría la ilicitud que es requisito de la acción de reparación...”*<sup>16</sup>. Si bien compartimos que la pretensión reparadora no podrá fundarse en un ilícito, entendemos que si el objeto del Derecho de daños es la protección de la persona dañada, la vía reparadora prosperaría, si la víctima del daño pudiera acreditar la afectación de un derecho personalísimo.

Respecto al deber derecho de asistencia y alimentos, se conserva su exigibilidad por tratarse los alimentos de un derecho humano cuya efectividad debe garantizarse a toda persona, con fundamento en el principio de solidaridad familiar. Además, la norma proyectada regula este derecho deber en dos momentos que puede atravesar la pareja casada: la plena comunidad de vida o el estado de separados de hecho. En cambio, cuando la pareja pasa al estado de divorciados, en principio cesa este deber, salvo que lo pacten o en dos supuestos excepcionales: se fijen a favor de quien padece una enfermedad preexistente o en el caso que uno de ellos no cuente con recursos y tenga imposibilidad de procurárselos para atender a sus necesidades básicas. De estos dos supuestos, surge con claridad que la norma proyectada establece la exigibilidad de este deber derecho con miras a la protección de la persona, guardando así armonía con la visión constitucionalizada que sigue el Proyecto en toda su extensión.

### 2.1.2. Relaciones patrimoniales entre cónyuges

Trasladando la atención a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, también se percibe un avance de la autonomía de la voluntad atenuado, puesto que el principio de solidaridad está presente y cobra vida en las normas que hacen al contenido del régimen primario.

Este equilibrio entre el principio de autonomía y el principio de solidaridad, se materializa en la adhesión a un sistema convencional no pleno, conforme el cual la pareja antes de casarse podrá a través de una convención matrimonial o en el acto de celebración del matrimonio, optar entre alguno de los regímenes previstos en la norma –comunidad de ganancias o separación de bienes–, actuando el régimen de comunidad de ganancias como régimen supletorio ante la falta de elección (art. 446, inc. d y art. 463).

Para que el lector comprenda el cambio entre la norma vigente y la que se proyecta, corresponde enunciar los caracteres del régimen patrimonial vigente en el Derecho argentino: comunidad diferida y restringida a las ganancias como régimen legal único e inmutable como regla (arts. 1290 y 1294, Código Civil); de gestión separada (arts. 1276 y 1277, Código Civil); de responsabilidad por las deudas frente a terceros separada (arts. 5 y 6, ley 11.357) y de partición por mitades mientras se encuentre vigente la comunidad (art. 1315, Código Civil)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> BASSET (2012a) p.215.

<sup>17</sup> Respecto de esta temática: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2008): “El régimen de comunidad de bienes. Análisis comparativo del Derecho francés y del Derecho argentino a través del comentario de casos jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sociedad Conyugal* - I, 2008-1: pp. 327-366; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo (2006): *Régimen de bienes en el matrimonio* (Buenos

La posibilidad de optar entre los regímenes previstos en el sistema no se agota con un solo ejercicio, sino que resulta posible durante la vigencia del matrimonio mutar de régimen, con la sola exigencia de permanecer en el régimen por el término de un año: “... el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio...” (Art. 449). Vinculando este aspecto con la tendencia que se sigue en los países que adhieren a un sistema convencional no pleno, se encuentran países que fijan la inmutabilidad después de ejercer la facultad de opción y países que admiten mutar entre los regímenes permitidos. En el primer grupo, se ubican entre otros a Colombia; Venezuela; Puerto Rico; Portugal; mientras que en el segundo grupo se encuentran Francia; Italia; Alemania; Holanda; Hungría; Brasil; Chile; Uruguay; Paraguay; México; El Salvador; Ecuador; entre otros.

Aires, Editorial La Ley, segunda edición ampliada); KRASNOW, Adriana N. (directora), DI TULLIO BUDASSI, Rosana y RADYK, Elena (coordinadoras) (2011): *Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja* (Córdoba, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, primera edición); SAMBRIZZI, Eduardo A. (2007): *Régimen de bienes en el matrimonio*, T. I y II (Buenos Aires, Editorial La Ley); FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo (1971): *Sociedad conyugal* (Buenos Aires, Editorial Astrea), T. I y II; AZPIRI, Jorge (2007): *Régimen de bienes en el matrimonio* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, segunda edición actualizada y ampliada); VIDAL TAQUINI, Carlos (1994a): “Regímenes matrimoniales”, *Enciclopedia de Derecho de Familia* (Buenos Aires, Editorial Universidad), T. III, pp. 436-441 y VIDAL TAQUINI, Carlos (1994b): “Régimen matrimonial patrimonial en el derecho argentino”, *Enciclopedia de Derecho de Familia* (Buenos Aires, Editorial Universidad), T. III, pp. 456-467.

Como se adelantó en el primer párrafo de este apartado, en miras a la protección del interés familiar, la Tercera Sección del Capítulo 1 se destina a la regulación del Régimen primario, comprensivo de aquellas “... cuestiones que, por razones de equidad y de amparo a la familia y a los terceros, la ley no debe dejar libradas a los preceptos comunes ni al arbitrio de los esposos sino que impone soluciones que, en conjunto, integran una plataforma jurídica mínima, que gobierna a todos los matrimonios, cualquiera sea el particular régimen de bienes aplicable”<sup>18</sup>.

De esta forma, toda pareja casada que opte por el régimen de separación de bienes y/o el régimen de comunidad de ganancias o quede sujeta a este último por vía supletoria, deberá respetar y cumplir lo dispuesto en el régimen primario, el cual comprende entre otros aspectos: a) deber de contribución que alcanza al sostenimiento de cada uno de los cónyuges, al hogar y a los hijos en proporción de los recursos de cada uno (art. 455); b) protección de la vivienda familiar y exigencia de asentimiento para disponer de la vivienda o de los muebles que son parte de ella (arts. 456, 457 y 458); c) responsabilidad solidaria por las deudas contraídas para hacer frente a las necesidades del hogar, sostenimiento y educación de los hijos comunes (art. 461).

De lo expuesto, se desprende que en miras a la protección del interés familiar, el reconocimiento del principio de autonomía en este ámbito tiene un alcance que encuentra límites en el principio de solidaridad familiar. Así, se busca un cambio que si bien implica un criterio más flexible, pre-

<sup>18</sup> FANZOLATO, Eduardo I. (2004), “Régimen de bienes. Derecho Comparado”, en: María Josefa MÉNDEZ COSTA (directora), *Código Civil comentado. Derecho de Familia Patrimonial* (Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, primera edición) p. 415.

serva al igual que el régimen que hoy nos rige el valor a realizar: solidaridad familiar.

### 2.1.3. Nulidad del matrimonio

Se conserva el régimen especial de nulidad de matrimonio y se mantiene la distinción entre causales de nulidad absoluta y relativa, incorporando algunos cambios que se corresponden con el espíritu del régimen.

Mientras que en el régimen vigente, entre las causales de nulidad relativa queda comprendida la causal de “privación permanente o transitoria de la razón”; la norma proyectada refiere a la causal de “falta permanente o transitoria de salud mental”. Vinculando esta causal con las competencias que pudiera tener el privado de salud mental, el juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto.

En protección del derecho a la intimidad, se suprime entre las causales de nulidad relativa, la impotencia. En los Fundamentos se explica la eliminación de esta causal por la concurrencia de diversas razones: “... *atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidaciones en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad...*”.

Otra novedad refiere a la aplicación del instituto de la pensión compensatoria, si la nulidad produce un desequilibrio económico en uno de los integrantes de la pareja en relación al otro, sin depender esto de la buena o mala fe. Con esta incorporación, se pone otra vez de manifiesto la finalidad del régimen en su conjunto: la protección de la persona y sus derechos.

### 2.1.4. Disolución del matrimonio

En el Proyecto quedan comprendidas tres causas de disolución del vínculo matri-

monial: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente (art. 435).

En el régimen civil vigente, se detecta una diferencia en relación al régimen proyectado en la causal que refiere a la ausencia con presunción de fallecimiento, al disponer: “*por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento*” (art. 213, Código Civil).

De la lectura de ambos enunciados, se desprende un cambio significativo: mientras en el presente el cónyuge del declarado ausente recobra la aptitud nupcial pero su vínculo matrimonial subsiste hasta el momento que contraiga nuevo matrimonio; con el cambio se prevé como efecto inmediato de la sentencia la disolución del vínculo matrimonial.

### 2.1.5. El divorcio sin expresión de causa

Como venimos sosteniendo desde el inicio, el cambio de paradigma que se inicia lentamente con el regreso a la vida democrática y que se consolida con la reforma constitucional del año 1994, deja atrás las estructuras tradicionales para dar paso a estructuras flexibles que responden a las transformaciones propias de la sociedad actual.

El régimen de divorcio no puede ser ajeno a esto. En su momento, la ley 23.515 significó un salto sustantivo al introducir la posibilidad de recobrar la aptitud nupcial a través del divorcio vincular. Sin embargo, llegar a esto no fue sencillo y la única forma de lograrlo fue por medio de un sistema de equilibrio que respondiera a las posiciones encontradas. Es por ello, que se logró un régimen que conserva en paralelo con el divorcio vincular a la separación personal, siendo viable acceder a uno u otro por el

camino del divorcio sanción (arts. 202 y 214, inc. 1, Cod. Civil) o el divorcio remedio (arts. 203, 204, 205, 214, inc. 2 y 215, Cod. Civil).

Este esquema que en su momento permitió dar respuesta a situaciones presentes en el medio social, ya no responde a las variables actuales. La dinámica y la complejidad de la sociedad posmoderna, derivó en nuevas exigencias de cambio desde lo macro en lo que respecta al Derecho de familia como unidad y desde lo micro en lo que refiere a los institutos que resultan atravesados por estas nuevas realidades; entre las cuales se encuentra el régimen legal de divorcio vigente<sup>19</sup>.

Desde esta perspectiva, en el sentir social se fue instalando la idea de que la disolución del vínculo no puede depender del traslado a sede judicial de una conducta ilícita o que se encuentre cumplido el tiempo que indica la norma para el planteo de la causal de separación de hecho o que se cumpla el plazo de vigencia del matrimonio

para el planteo de la causal de presentación conjunta. En suma, se entiende que así como la pareja elige libremente la forma de vivir en pareja –matrimonio o convivencia de hecho–; debe protegerse la misma libertad para definir el cese de la unión cuando el proyecto de vida que los unió se debilitó.

En el entorno jurídico la exigencia del cambio de modelo se exterioriza desde hace un tiempo en una flexibilización del proceso de divorcio. Entre los supuestos cabe citar: procedencia de la causal de separación de hecho cuando cesa la comunidad de vida, con independencia de seguir habitando el mismo inmueble<sup>20</sup>; presentación de la demanda antes del cumplimiento del plazo establecido para la causal de separación de hecho<sup>21</sup>; planteo de inconstitucionalidad de los artículos 204 y 214, inciso 2 Código Civil que establecen el requisito temporal para el planteo de la causal objetiva de separación de hecho<sup>22</sup>; inconstitucionalidad de los artículos 205 y 215 Código Civil que establecen el requisito temporal para la procedencia de la causal de presentación conjunta<sup>23</sup>; inconstitucionalidad del artículo 238 Código Civil que fija el plazo de tres años para solicitar unilateralmente la conversión de la sentencia de separación

<sup>19</sup> Respecto de esta temática: MIZRAHI, Mauricio L. (2006): *Familia, matrimonio y divorcio* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada); BACIGALUPO DE GIRARD, María (2009): “El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación”, en: T. I, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora) y HERRERA, Marisa (coordinadora), *La Familia en el Nuevo Derecho*, (Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, primera edición), T. I, pp. 409-427; HERRERA, Marisa (2009): “Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44: pp. 75-108; FAMÁ, María Victoria (2009a): “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44: pp. 1-46; GROSMAN, Cecilia P. (2001): “La separación personal y el divorcio en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate”, *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 18: pp. 123-144.

<sup>20</sup> CNC, Sala E, 11/11/2008, LL 2009-E-195; CNC, Sala B, 22/08/2007, LL 2007-F-705; CNC, Sala J, 10/10/2002, LL 2003-D-202.

<sup>21</sup> *Cám. Nac. Civ., Sala E*, 12/02/04, RDF 2004-II-9; *Cám. Nac. Civ., Sala F*, 27/03/03, RDF 2003-II-21; *Cám. Nac. Civ., Sala G*, 20/06/2006, LL 2006-F-828; *Cám. Nac. Civ., sala B*, 9/09/2003, JA 2004-I-358.

<sup>22</sup> *Cám. Civ. Com. Azul, Sala II*, 5/06/2012, LLBA 2012-883; *Trib. Col. Familia N° 5, Rosario*, 25/08/2003, RDF 2004-II-105; *Trib. Col. Familia N° 5, Rosario*, 14/11/2006, LL Litoral 2007-109.

<sup>23</sup> *Cám. Civ. Com. Dolores*, 10/04/2012, LLBA 2012-632; *Trib. Col. Familia N°7 Rosario*, 7/03/2012, LL Litoral 2012-491; *Trib. Familia Mar del Plata N° 2*, 3/09/2008, RDF 2009-44-207.

personal en divorcio vincular<sup>24</sup>; supresión de la segunda audiencia en el proceso por la causal de presentación conjunta<sup>25</sup>; reinterpretación de la causal de abandono voluntario y malicioso, operando la presunción de voluntariedad y malicia en un ámbito restringido<sup>26</sup>.

Como surge del enunciado que precede, actualmente el juez que entiende en el divorcio y se le traslada un planteo que excede lo dispuesto en la norma de fondo vigente, seguirá conforme sus convicciones internas dos caminos alternativos: ajustarse a lo dispuesto en la norma civil, declarando la improcedencia de los planteos que se alejan de los límites dispuestos o, por el contrario, sirviéndose de los principios que iluminan el sistema de fuentes vigentes dictar una norma individual (sentencia judicial) que se aparte total o parcialmente de lo dispuesto en la norma civil.

La disparidad de criterios descripta que se materializa en el dictado de decisiones judiciales que no se ajustan a un criterio uniforme, pone en evidencia que resulta necesario un cambio que permita alcanzar la uniformidad y armonía. La cuestión es definir si el criterio que siguió la Comisión Reformadora al proponer un régimen de divorcio incausado resulta acertado. Antes de expresar nuestra opinión al respecto, resulta

conveniente ilustrar sobre las notas salientes del divorcio que se pretende instaurar.

Siguiendo los lineamientos de la ley española 15/2005, la Comisión propone un paso más que el Derecho español: 1) se suprime la separación personal; 2) la única vía válida para lograr el divorcio es la judicial; 3) no se fija plazo de espera; 4) el divorcio judicial procede ante la petición bilateral o petición unilateral sin expresar causal; 5) trátase de petición unilateral o bilateral, debe acompañarse una propuesta reguladora de los efectos y de esta depende la admisión de la petición; 6) si se acompaña la propuesta reguladora de efectos, el juez tiene el deber de decretar el divorcio.

Cuando se trate de una petición unilateral que se acompañe con una propuesta reguladora, el juez deberá correr traslado a la otra parte para que exprese su conformidad a la propuesta o acompañe una contrapropuesta. Pero, el cónyuge demandado en ningún caso podrá oponerse al pedido de divorcio. En el supuesto de que se sucedieran desacuerdos relativos a las propuestas reguladoras de efectos, el juez puede exigir que se sumen otros elementos a la causa, pero esto en nada incide con el dictado de la sentencia de divorcio que procederá con la sola petición.

En relación al contenido de la propuesta reguladora, se prevé: atribución de la vivienda, distribución de los bienes, compensaciones económicas, ejercicio de la responsabilidad parental, alimentos a los hijos y otras cuestiones de interés. Para garantizar la efectividad del acuerdo, el juez puede exigir el otorgamiento de garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio y este puede ser revisado si las circunstancias en el devenir cambian.

Si bien se comprueba un predominio del principio de autonomía, el régimen

<sup>24</sup> *Cámara 1° Familia Córdoba*, 20/07/2009, Abeledo Perrot Online, 0003/70066009-1.

<sup>25</sup> *Trib. Familia Mar del Plata N° 2*, 17/07/2006, RDF 2007-I-105; *Juzg. 1° inst. Familia Río Gallegos N° 2*, 22/06/2010, LL Patagonia 2010-438; *Trib. Col. Familia N° 2 La Plata*, 16/07/2010, RDFyP 2010-10-148; *Trib. Col. Familia N° 5 Rosario*, 6/10/2009, RDF 2010-II-213.

<sup>26</sup> Se destaca el fallo de la *Cám. Nac. Civ., Sala B*, 29/09/2006, voto Dr. Mizrahi, LL 2007-B-208. En igual sentido: *Cám. Nac. Civ., Sala E*, 12/02/2004, LL 2004-C-985.

proyectado prevé limitaciones que tienen sustento en el principio de solidaridad. Así, cuando se trate de efectos que involucren de forma directa derechos humanos, como atribución de la vivienda y alimentos, se fijan pautas que rigen por sobre la libertad de las partes. Con este fin, se prevé el instituto de la compensación económica y, en su defecto, la fijación de una prestación de alimentos. Asimismo, cuando existieren hijos, resultarán de aplicación las normas propias del instituto de la responsabilidad parental.

En suma, se diseña un régimen que se orienta a revertir las debilidades que el régimen vigente presenta. Como se expresa en los Fundamentos: “... *La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio...*”.

El desarrollo que precede, permite concluir que el cambio es necesario. La cuestión pasa por definir su alcance. A modo ilustrativo, acompañamos una breve reseña de quienes no adhieren al cambio de modelo que se persigue instalar, para luego cerrar este apartado con nuestra posición sobre el particular.

Una primera cuestión refiere a la eliminación de la separación personal, cuya justificación se encuentra en los Fundamentos del Proyecto cuando expresa: “... *a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto*

*jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando este se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble. b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para peticionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral...*”. Medina señala que esta supresión se contrapone con el respeto a la libertad: “... *El Proyecto dejó de lado la separación personal, no obstante los reclamos doctrinarios de que se mantuviera como respeto a la libertad de quienes creen en la indisolubilidad del vínculo, sobre todo teniendo en cuenta que es una opción y no una obligación...*”<sup>27</sup>.

La segunda cuestión se vincula con la introducción del divorcio incausado.

Desde una posición contraria extrema, acompañamos el pensamiento de tres autores que con distinto énfasis expresan una posición común: “...*Se cree haber presentado un Proyecto progresista —particularmente en lo relativo a las normas sobre divorcio—, sin haber quizás advertido que de tal manera se vuelve a tiempos pretéritos, puesto que la posibilidad de divorciarse en muy pocos días y sin alegar causa alguna ni consecuencias disvaliosas para quien así procede, no constituye ni más ni menos que el repudio que se practicaba en la mayor parte del mundo antiguo, ya sea por el abandono de la mujer o por su expulsión del hogar, que por lo general era practicada por el marido en forma unilateral y por su sola voluntad. La*

<sup>27</sup> MEDINA (2012a) p. 326. En igual sentido: BORDA (2012) p. 40

*diferencia con el Proyecto de Reformas es que en este también la mujer puede repudiar a su esposo...”<sup>28</sup>; “Un divorcio express, sin tiempo de reflexión ni de espera, cuya ruptura culpable no tiene sanción especial ni general —y por lo tanto es más fácil y menos gravosa que la ruptura de cualquier contrato— dice que el matrimonio no tiene importancia para el Estado. Aunque los legisladores no lo piensen así, ése es el mensaje que objetivamente se transmite comparando instituciones dentro de un mismo código”<sup>29</sup>; “...En nuestro criterio, otra de las carencias del sistema está dada por no haberse previsto causales subjetivas, que podrían legislarse como una causal única de lo que podría llamarse divorcio por falta, puntualmente hechos que constituyan una infracción grave o reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y hagan insostenible el mantenimiento de la vida en común, tal la solución prevista en el derecho francés... sin que se mantengan los plazos actuales que resultan exagerados, proponemos establecer un plazo de reflexión de tres meses, como el ordenamiento español para el mutuo consentimiento o bien un plazo prudencial que podría ser de seis meses o un año de separación de hecho para que uno de los cónyuges pueda pedir el divorcio...”<sup>30</sup>.*

Como cierre de este apartado, expresamos nuestra posición. Si bien compartimos que corresponde disociar el divorcio con la noción de culpa y si asociarlo con el medio que permite legitimar en el plano jurídico el fin de un proyecto de vida común; corresponde introducir un cambio que no guarde

tanta distancia con el régimen vigente. Consideramos que la gradualidad puede y debe quedar focalizada en la exigencia de un plazo de permanencia en el matrimonio, el cual se destine a que la decisión común o tomada unilateralmente por uno de los esposos esté precedida de un proceso de reflexión, atento la importancia que reviste la institución matrimonio. A los fines de que este plazo no ponga en riesgo el derecho de libertad, entendemos que puede seguirse el modelo español y/o no exceder de un año.

En cuanto a la protección de los derechos ante el pasaje del estado de casados al estado de divorciados, consideramos que quedan debidamente resguardados al depender el pedido de divorcio de la presentación de la propuesta reguladora de efectos, a lo que se suma el amparo de mínimos que responden al orden público. El dejar condicionada la petición unilateral o bilateral de divorcio a la presentación de un convenio regulador, resulta ser un límite claro al principio de autonomía.

Por último, compartimos la opinión de quienes consideran que debe mantenerse la posibilidad de la separación personal, para favorecer a quienes optan libremente por esta alternativa para poner fin al proyecto de vida común.

## 2.2. LA UNIÓN CONVIVENCIAL

En armonía con los aspectos valorativos expuestos en los Fundamentos del Proyecto, entre los cuales pesa en este tema la declaración de tratarse de un Código para una sociedad multicultural, se capta en la norma este fenómeno social de fuerte impacto en la realidad nacional<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A. (2013a): *El relativismo moral y el Derecho de familia* (La Ley, 2013-C) p. 725.

<sup>29</sup> BASSET (2012b) p. 912.

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ, Lidia B., OCAMPO, Carlos G. y UGARTE, Luis A. (2012): *Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial* (La Ley, 2012-C) p. 997.

<sup>31</sup> KRASNOW, Adriana N. (2012a): “Las uniones convivenciales”, en: Julio César RIVERA (director) y Graciela MEDINA (coordinadora), *Comentarios al Pro-*

En cuanto a su ubicación, la unión convivencial queda comprendida en el Título III del Libro Segundo “Relaciones de familia”. Este Título, se compone de cuatro capítulos que siguiendo un orden lógico refieren a: constitución y prueba; pactos de convivencia; efectos durante la convivencia; cese de la convivencia y sus efectos.

El artículo 509 que inicia el Capítulo 1 del Título III, Libro II, define a la unión convivencial como “...la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”. Al igual que en el matrimonio, el texto que recibe la media sanción de la Cámara de Senadores, introduce en este artículo el término “convivencia”: “... que **conviven** y comparten un proyecto de vida común...”<sup>32</sup>. Caben las mismas consideraciones que formulamos al referir a este agregado para el matrimonio.

En el artículo 510 se enuncian los requisitos que debe reunir la unión para el reconocimiento de efectos civiles: a) los dos integrantes deben ser mayores; b) no pueden estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni en línea colateral hasta el segundo grado; c) no pueden estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no pueden estar afectados por el impedimento de ligamen y no pueden tener registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Los requisitos contenidos en los apartados b, c y d al guardar corresponden-

cia con los impedimentos dirimientes de parentesco y ligamen, indican que la pareja bajo unión convivencial debe contar con aptitud nupcial para el reconocimiento de los efectos previstos en el Título III.

Tras una interpretación integradora del régimen, surge que nos encontramos frente a dos tipos de uniones convivenciales: registrada y no registrada. Cualquiera sea el tipo, requieren de dos años de permanencia en la unión para la producción de los efectos jurídicos previstos. Además, corresponde señalar que a estas clases se suman las uniones de hecho que al no reunir los requisitos estructurales dispuestos en el artículo 510, quedarán al margen de la norma y solo podrán beneficiarse con los efectos dispuestos en leyes especiales o por creación jurisprudencial.

Respecto a las parejas que resultan alcanzadas por la norma proyectada, la opción de registración no será con fines constitutivos, sino solo probatorios y de publicidad: “La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, solo a los fines probatorios...” (Art. 510). Asimismo, la posibilidad que se ofrece de regular los efectos propios de la unión por medio de pactos, denota una manifestación del principio de autonomía que encuentra límites fundados en el principio de solidaridad familiar, cuando el artículo 515 expresa que los pactos no pueden ser contrarios al orden público, a la igualdad entre los convivientes, a los derechos fundamentales de cualquiera de los convivientes y a la protección de mínimos.

En el Capítulo 2 que trata los pactos de convivencia, el artículo 513 establece que deben ser hechos por escrito y fija un límite fundado en el amparo de la protección de mínimos: “... no puede dejar sin

yecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot) pp. 371-391.

<sup>32</sup> La negrita es nuestra.

*efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522*”, los cuales refieren respectivamente al deber de asistencia, contribución a los gastos del hogar, responsabilidad por las deudas frente a terceros y protección de la vivienda familiar, sobre los cuales destinaremos un espacio más adelante.

En cuanto al contenido de los pactos, el artículo 514 a modo enunciativo comprende entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia. Estos pactos pueden comprender tanto los efectos propios de la convivencia como los que surgen después de su cese.

Atendiendo al cambio de circunstancias y al despliegue de la autonomía de la voluntad, el artículo 516 establece que los pactos pueden ser objeto de modificación y rescisión por acuerdo de ambos convivientes. Además, dispone que cuando se produce el cese de la convivencia se extinguen de pleno derecho hacia el futuro.

Por último, se destaca que los pactos, su modificación, rescisión serán oponibles a los terceros desde la inscripción en el registro que corresponda a la jurisdicción local y en los registros que correspondan a los bienes comprendidos en el pacto. También la ruptura de la unión producirá efectos respecto de terceros desde la inscripción en el registro (art. 517).

En el supuesto que la pareja no celebre pactos, la norma proyectada establece un equilibrio entre el principio de autonomía y el principio de solidaridad, triunfando este último cuando se trate de efectos que involucren a la persona y sus derechos. En este sentido, se prevé un piso mínimo que se integra con los aspectos siguientes:

*a. Deber de asistencia:* El artículo 519 establece el deber de asistencia durante la convivencia. Este valioso aporte sigue los pasos de otros países que en sus normas reconocen este derecho humano, como entre otros: Brasil, México, Bolivia, Ecuador, Panamá, Cuba, Perú, Comunidades Autónomas en España, Dinamarca, Holanda, Canadá.

En esta línea se dijo: “... *Si bien la formación de una pareja es un hecho eminentemente privado, al mismo tiempo trasciende a la sociedad pues se genera un núcleo familiar que requiere para su funcionamiento el compromiso cooperativo de los integrantes de la unión...* El Estado social de derecho, que se construye sobre la base de los tratados de derechos humanos, o sea, el reconocimiento no solo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, impone como un deber de la sociedad y del Estado velar para que en los núcleos familiares que se constituyen, con o sin registro formal, los comportamientos y acciones de los individuos no afecten las funciones de reproducción cotidiana y generacional que interesa a la sociedad en su conjunto. Por encima del derecho a la autonomía personal se levantan los derechos a la vida, la integridad psicofísica y salud de los integrantes del núcleo familiar, cuya preservación es jerárquicamente superior...”<sup>33</sup>.

El traslado a la norma de este derecho humano encuentra sustento en el principio de protección integral de la familia (art. 14 bis, CN; art. 17, CADH; art. 23, PIDCP) y en el principio de igualdad y no discriminación (art. 16, CN).

<sup>33</sup> GROSMAN, Cecilia P. (2002): “Alimentos entre convivientes”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 23: p. 52.

*b. Contribución a los gastos del hogar:* el artículo 520 establece: “*Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos...*”. De esta forma, los convivientes tienen el deber de contribuir al propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a los recursos. Con acierto se introduce la especial contribución a la atención de las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes que conviven con ellos. En el caso que uno de los convivientes no cumpla con este deber, se habilita al otro para el reclamo por vía judicial.

Entre los países que en sus normas siguen la misma línea, pueden citarse entre otros: Francia, Bélgica, España.

*c. Responsabilidad por las deudas frente a terceros:* Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros (art. 521). De esta forma, responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes.

La solidaridad por las deudas frente a terceros también rige en Francia (Pacto Civil de Solidaridad), Código Civil de Paraguay y Código de Familia de El Salvador, entre otros.

*d. Protección de la vivienda familiar:* respecto a la unión convivencial inscripta, se exige el asentimiento del otro conviviente cuando se quiera disponer de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de esta, o transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede supletoriamente autorizar el acto de disposición del bien si es prescindible y no resulta

comprometido el interés familiar. Si no se tramitó la venia judicial supletoria, el conviviente que no prestó su asentimiento puede demandar la nulidad del acto antes de cumplirse el plazo de caducidad de seis meses que se cuenta desde que se toma conocimiento y siempre que no hubiera continuado con la cohabitación (art. 522).

Resulta acertado limitar esta protección a la unión convivencial registrada, puesto que con la registración los terceros que resultan alcanzados por el acto de disposición, pueden tomar conocimiento de la existencia de la unión convivencial.

A este aporte se suma lo dispuesto en el último párrafo del artículo 522: la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial. Se establecen dos excepciones a esta regla general: a) que la deuda haya sido contraída por ambos convivientes y b) que la deuda haya sido contraída por uno de los convivientes contando con el asentimiento del otro.

Este enunciado se vincula con el régimen de protección de la vivienda que instala el Proyecto (artículos 244 a 256). Partiendo de entender a la vivienda como un derecho humano, se abren las puertas para que toda persona afecte su vivienda al régimen de protección, sin considerar su pertenencia a una familia. Cuando la norma refiere a los beneficiarios de la afectación, quedan comprendidos en primer término: el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes (art. 246)

El capítulo 4 se inicia con los supuestos de cese de la convivencia (art. 523): a) muerte de los convivientes; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de

uno de sus miembros, d) por el matrimonio de los convivientes, e) por mutuo acuerdo, f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.

En los casos que nos encontremos frente a uniones convivenciales no registradas o que solo registraron la unión, resultarán de aplicación por ausencia de pacto, las normas que por vía supletoria se ocupan del tratamiento de ciertos efectos:

*a. Compensación económica:* cuando se constate un desequilibrio manifiesto que implique un empeoramiento de la situación económica de alguno de los convivientes con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tendrá derecho a una compensación que consistirá en una prestación única o en una renta por tiempo determinado que no podrá ser mayor a la duración de la unión convivencial. Respecto a la modalidad de pago, puede efectivizarse en dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto disponga el juez (art. 524).

En cuanto a las diferencias que se detectan en relación a la compensación económica en el matrimonio, se destacan dos: a) mientras que la compensación económica se fija por un tiempo determinado que no podrá exceder el tiempo de duración de la convivencia; en el matrimonio, excepcionalmente puede fijarse por tiempo indeterminado; b) como en la unión convivencial reina la autonomía de la voluntad, pueden los convivientes acordar la exclusión; mientras que en el matrimonio rige con carácter obligatorio<sup>34</sup>.

*b. Atribución del uso de la vivienda familiar:* Se fijan con precisión los supuestos donde corresponde atribuir el uso del inmueble a uno de los convivientes (art. 526): a) tener a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) acreditar la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela de manera inmediata. Cuando se vincula este enunciado con lo dispuesto para el matrimonio, surge que todo cónyuge tiene el derecho de pedir el uso de la vivienda familiar sin quedar sujeto a las limitaciones dispuestas para el conviviente.

La atribución de uso se concede por un tiempo determinado que no puede exceder el tiempo de duración de la convivencia, con un máximo de dos años que se computa desde el cese de la unión. En cambio, en el matrimonio la norma no fija un plazo de duración, sin perjuicio que se lo fije judicialmente. Cabe aclarar que la versión que recibe media sanción en la Cámara de Senadores, faculta al juez a determinar dentro del plazo máximo de dos años un término menor.

Por petición de parte interesada, el juez podrá fijar una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente que no cuenta con el uso; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. Los efectos respecto a los terceros correrán desde la registración.

El Proyecto extiende el derecho real de habitación a favor del conviviente supérstite, si no cuenta con una vivienda propia habitable o con bienes suficientes

<sup>34</sup> PELLEGRINI, María Victoria (2012): "Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil", *Jurisprudencia Argentina. Número especial: El Derecho*

*de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II*: pp. 3-10.

que aseguren el acceso a esta, extendiéndose esta prerrogativa por un plazo no mayor a dos años (art. 527). Este derecho, inoponible a los acreedores del causante, podrá ejercerse sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Se extingue este derecho, si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

De lo precedente surge que una diferencia en relación al matrimonio refiere a su duración: mientras que en la unión convivencial se limita a un plazo máximo de dos años; en el matrimonio no se ajusta a un plazo.

Uno puede preguntarse la razón por la cual la norma proyectada no reconoce vocación sucesoria al conviviente supérstite, pero sí le concede la titularidad de este derecho. La explicación a esto se encuentra en los principios y valores que actúan como guía del régimen proyectado y que en este marco indica que debe reconocerse el derecho de acceso a la vivienda como un derecho humano a toda persona, sin distinción en cuanto a sus circunstancias personales y en cuanto a su pertenencia a un determinado tipo de familia.

*c. Distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia:* en respuesta al desarrollo doctrinario y jurisprudencial logrado sobre este aspecto, el artículo 528 establece que ante la ausencia de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y

otros que puedan corresponder. Cuando la norma alude a “otros que puedan corresponder”, cabe sumar la comunidad de intereses y la sociedad de hecho. Previo a expresar nuestra posición en relación al reconocimiento de la unión convivencial en la norma proyectada, acompañamos una breve referencia de los distintos sistemas de regulación que se siguen en el Derecho comparado: sistema de equiparación –Código Civil de Guatemala, arts. 173 y ss.; Código de Familia de Bolivia, arts. 158 y ss.; Código de Familia de Cuba, arts. 18 y 19; Código de Familia de Panamá, art. 53–; sistema abstencionista –como antecedente cabe mencionar el Código Civil francés de 1804 que se traslada a países latinoamericanos como Chile, Argentina y Uruguay (este último actualmente cuenta con la Ley 18.246)–; sistema proteccionista –comprende países que antes seguían un criterio abstencionista– y el sistema de pactos –comunidades españolas y Francia–. De la reseña que se acompaña, surge que el Proyecto adhiere al sistema de pactos que si bien persigue preservar la libertad de la pareja, contiene elementos de orden público orientados a la protección de la persona y sus derechos.

Analizando la situación jurídica que las convivencias de pareja tienen en el presente y los conflictos que surgen con el cese de la unión y su traslado a sede judicial en la búsqueda de una solución; compartimos el criterio de establecer un régimen legal de esta forma de vivir en pareja, más aún cuando, en Argentina la presencia de parejas de hecho y matrimoniales son similares en número. Desde esta mirada, no compartimos el pensamiento de prestigiosos juristas que con sólidos argumentos critican la regulación de esta forma de unión: “... *no se trata de regular todas las opciones de vida*

*que pueden existir en la sociedad, sobre todo si las mismas no son consideradas como las más adecuadas para un desarrollo armónico de la familia y, por consiguiente, de la sociedad en su conjunto, que es a lo que se debe tender, debiendo a tal fin el legislador priorizar y favorecer al matrimonio por sobre otras opciones. A lo que no obsta el progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión de hecho, como se afirma en el Proyecto. Fácil resulta advertir que si todo es considerado un matrimonio –o casi–, se lo banaliza, perdiendo el lugar de relevancia que dicha institución debe tener en la sociedad...”*<sup>35</sup>.

Asimismo consideramos pertinente la adhesión al sistema de pactos, por tratarse de la mejor estrategia que pudo seguir el legislador al garantizar tanto la libertad y autonomía de los convivientes que es lo propio de esta forma de vivir en pareja, sin descuidar los derechos que le corresponden a cada conviviente por su condición de persona. Considerando que a través del sistema de pactos se respeta la libertad de quienes eligieron esta clase de unión, respetamos pero no compartimos la posición de quienes afirman que la regulación limita el libre actuar: “... la opción de política familiar de conferir efectos presuntivos a las uniones convivenciales implica una limitación a la libertad de relación de las personas. Quien ingresa en una unión libre, lo hace precisamente porque no quiere que la ley lo alcance...”<sup>36</sup>.

Por último, estimamos necesario aclarar que esta regulación no importa asimilar la unión convivencial con el matrimonio, puesto que este último presenta ele-

mentos que le son propios como: 1) constituye el estado de casados; 2) el ingreso al matrimonio estado se regula en toda su dimensión y la mayor inserción del principio de autonomía en su interior se encuentra controlado en toda su dinámica por el principio de solidaridad familiar como se desprende de la consagración de mínimos en el aspecto personal y el establecimiento de un régimen primario en el aspecto patrimonial; 3) la disolución del vínculo matrimonial por divorcio ante el quiebre del proyecto de vida común, queda condicionado a la presentación de una propuesta reguladora de efectos que se complementará con el reconocimiento de ciertos efectos comprendidos en la protección de mínimos, si los mismos no fueron considerados en el proceso de elaboración del convenio regulador.

### 2.3. FILIACIÓN

El proyecto logra introducir los cambios necesarios en el instituto de la filiación, adaptándolo al origen y dinámica de los vínculos filiales en el presente<sup>37</sup>. Para que el lector pueda comprender las razones de esta afirmación inicial, corresponde acompañar una breve reseña de las normas sobre filiación contenidas en el Código Civil según texto ley 23.264<sup>38</sup>.

Desde el año 1985, se instala en el marco del Código Civil un Régimen de filiación y patria potestad cuyo centro de protección jurídica al trasladarse de la familia matrimonial al hijo, fue diseñado para lograr en todos los casos el acceso a un emplazamiento

<sup>35</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A. (2013b): *Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código* (La Ley, 2013-A) p. 500.

<sup>36</sup> BASSET (2012a) p. 240.

<sup>37</sup> KRASNOW, Adriana N. (2012b): “La filiación en el hoy y en el mañana”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 56: pp. 155-170.

<sup>38</sup> Sancionada el 25 de septiembre de 1985. Promulgada el 4 de octubre de 1985. Publicada en el Boletín Oficial el 11 de octubre de 1985.

completo –materno y paterno– que guarde concordancia con la verdad biológica (derecho a la filiación y derecho a la identidad); mediante el establecimiento de un sistema abierto sostenido en presunciones *iuris tantum* y que consagra la amplitud probatoria para todo proceso de filiación.

En este contexto, el artículo 240 del Código Civil comprende la filiación por naturaleza y la filiación por adopción como fuentes del vínculo filial. Con el objeto de establecer el sistema de determinación, precisa que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; aclarando que todos los hijos (matrimoniales, extramatrimoniales y adoptados bajo la forma plena) son iguales ante la ley y las distintas clases de filiación producen los mismos efectos<sup>39</sup>. Pero, esta descripción no se corresponde con la realidad social, cuando se intenta extender el régimen legal previsto para la filiación por naturaleza a los múltiples supuestos que derivan del uso de las TRHA.

La Comisión reformadora asume este problema y logra superar esta carencia. Del contenido se desprende que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por TRHA o por adopción. Siguiendo el mismo criterio que el actual artículo 240 del Código Civil, declara que la filiación por naturaleza o por TRHA matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

En relación a las acciones de filiación, corresponde destacar que se conservan las que el régimen vigente consagra para la filiación por naturaleza, pero el Proyecto logra superar problemas de legitimación y

de caducidad expuestos desde hace tiempo por la doctrina especializada, como la extensión de la legitimación activa en la acción de impugnación de filiación matrimonial y el establecimiento de un plazo de caducidad uniforme para todas las acciones que se reduce a un año. También merece mencionarse como logro, el comprender en el enunciado que refiere a cada acción, la referencia a que no resulta de aplicación lo dispuesto cuando se está frente a un supuesto de técnica de reproducción humana asistida que cuente con el consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quien haya aportado los gametos. Esta salvedad permite dejar en claro que en todos los casos de filiación por naturaleza debe priorizarse el elemento biológico para definir el vínculo filial; mientras que tratándose de un supuesto de filiación por TRHA debe primar siempre el elemento volitivo.

También dispone en sintonía con el régimen vigente que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Con esta aclaración se evitan los problemas que podrían presentarse, con la incorporación de las TRHA como tercera fuente, en aquellos supuestos que requieren de la intervención de terceras personas que sin voluntad procreacional se prestan a una dación de su material genético y/o prestan su vientre para que la pareja o mujer sola con voluntad procreacional pueda hacer realidad el deseo de ser progenitores (art. 561)<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> FAMA, María Victoria (2009b): *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal* (Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, primera edición) p. 7.

<sup>40</sup> Artículo 561: “Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado el material genético”.

En los supuestos de TRHA y como adelantamos al referir brevemente a las acciones de filiación, adquiere especial importancia el consentimiento informado por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional<sup>41</sup>. En virtud de esto, se dispone que el centro de salud que intervenga en la práctica médica, deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a cualquiera de las técnicas, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. Entre estas normas especiales, adquiere relevancia la Ley nacional N° 26.529/2009 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud (s/texto ley 26.742/2012)<sup>42</sup>, en cuyo artículo 5 lo define: “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada...”. Por último, se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados<sup>43</sup>.

Tratándose el consentimiento informado de un acto voluntario, puede revocarse mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella. Este límite para revocar, se corresponde con la posición que se

tomaba en el Proyecto respecto al comienzo de la existencia de la persona humana, en su versión previa a la modificación que se introduce en el texto que recibe media sanción en la Cámara de Senadores: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*” (art. 19, versión anterior).

En la misma línea, la ley de cobertura de tratamientos de procreación humana asistida N° 26.862<sup>44</sup> dispone: “... *el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer*” (art. 7°). Asimismo, el último párrafo del artículo 7 del decreto 956/2013 –reglamentario de la ley 26.862– establece: “... *los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión*”.

Si bien el artículo 19 del Proyecto, en su versión previa a la media sanción en Senadores, despertó reacciones de oposición en un sector importante de la doctrina, recibió

<sup>41</sup> KRASNOW, Adriana N. (2006): *Filiación* (Buenos Aires, La Ley, primera edición).

<sup>42</sup> Ley N° 26.742 de 2012.

<sup>43</sup> FAMA, María Victoria (2012): “Filiación”, en: julio César RIVERA (director) y Graciela MEDINA (coordinadora), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot) p. 422.

<sup>44</sup> Ley N° 26.862 de 2013. Con esta ley se busca superar el problema que comprendía a muchas parejas o personas solas que ante el deseo de tener un hijo con el recurso a las TRHA, no podían concretarlo por la falta de inclusión de los diversos procedimientos entre las prácticas médicas con cobertura por parte de las Obras sociales y/o los sistemas de medicina prepaga. Muchos de los afectados por esta situación, buscaron por la vía del amparo que la justicia ordene a las obras sociales o sistemas de medicina prepaga que cubran dichos tratamientos, siendo dispar la acogida de estos planteos.

un respaldo significativo con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”<sup>45</sup>. Con motivo de este caso que excede las fronteras nacionales, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”, partiendo de establecer la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En relación a la vigencia del consentimiento informado, si bien se registra en Argentina un antecedente en la jurisprudencia nacional que dispuso tanto la vigencia como la validez del consentimiento prestado inicialmente para las prácticas posteriores<sup>46</sup>, el Proyecto establece que debe

renovarse en cada oportunidad en que se proceda al empleo de gametos o embriones. Compartimos esta solución, puesto que la voluntad inicial puede no reflejar la voluntad actual y guiarse por la primera puede conducir a la toma de decisiones que no responden al elemento volitivo que como señalamos es el que debe guiar la determinación del vínculo cuando se recurre a esta fuente de la filiación<sup>47</sup>.

El desarrollo que precede busca mostrar la armonía que el régimen proyectado logra en relación al comienzo de la existencia de la persona y el alcance del consentimiento informado en la filiación de TRHA, en sintonía con el fallo “Artavia Murillo”.

Pero, como anticipamos, el texto con modificaciones que recibe media sanción en la Cámara de Senadores retoma lo dispuesto en el Código Civil vigente: se es persona desde la concepción. Si el Código se aprueba con el texto dado en Senadores, surgirán problemas de interpretación por las discordancias que presenta con los artículos que regulan la filiación por TRHA. Por ello entendemos que no será tan sencillo dilucidar los problemas que surjan, a diferencia de lo que

<sup>45</sup> CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”.

<sup>46</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala J, 13/09/2011 –P., A. c. S., A. C.–, La Ley 2011-E-435. Se acompaña una breve reseña de los hechos: La pareja contrae matrimonio el 14 de noviembre de 2003. Ante la imposibilidad de la pareja de procrear naturalmente, consultan en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER). Después de tres intentos de fecundación “in vitro”, finalmente nace Tomás el 17 de agosto 2006.

Quedaron 5 embriones en estado de crioconservación. En el documento de consentimiento informado, consta que toda medida que se adopte respecto a los embriones sobrantes será definida de forma conjunta por la pareja. En octubre del año 2006 el matrimonio se separa de hecho. Posteriormente, la mujer pide en el IFER que se proceda al implante de los embriones sobrantes. Como este pedido no cuenta con la conformidad del otro integrante de la pareja, el Instituto se opone. Frente a esta negativa y mientras tramitaba el proceso de divorcio, la mujer en el carácter de representante legal de los 5 embriones, promueve una medida cautelar de protección de persona. La justicia ordena el implante.

<sup>47</sup> KRASNOW, Adriana N. (2011b): “Cuando la respuesta judicial no se corresponde con la voluntad parental”, *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 3, Nro. 11, p. 219.

opina un sector de la doctrina especializada: *“El proyecto ofrece en el nuevo art. 19 una alternativa de regulación proporcional del embrión no implantado. De modo que el estándar de ‘Artavia’ se encuentra más que satisfecho. El art. 19 lo llama persona, pero la disposición transitoria prevé un estatuto diferenciado de protección. Y, esa pretendida personalidad en nada obsta la regulación y admisibilidad de la FIV, que está prevista a partir del art. 560 y siguientes en el mismo Proyecto de Reformas y en la ley 26.862 en forma amplia”*<sup>48</sup>.

Respecto a la determinación de la maternidad, se sigue el mismo criterio del régimen vigente. Se trata de una determinación legal que depende de la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 565). Sin embargo, se observan en el texto que se proyecta dos diferencias en relación al texto vigente. En primer término, se deroga el agregado incorporado por la Ley 24.540, de Régimen de identificación de los recién nacidos en el vigente Art. 242 Código Civil<sup>49</sup>. Esta exigencia que se suprime, en gran medida obedeció a la limitada aplicación de esta norma por no haber sido reglamentada. Además, hay que tener en cuenta que sigue rigiendo lo dispuesto por la Ley 26.413, que regula el funcionamiento del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, en cuyo artículo 33 establece los requisitos que debe reunir el certificado médico<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> BASSET, Úrsula C. (2013): *Incidencia en el Derecho de familia del Proyecto de Código con media sanción* (La Ley Online, AR/DOC/4581/2013) p. 1.

<sup>49</sup> La Ley N° 24.540 de 1995 incorpora al texto del Art. 242 CC la exigencia de la “ficha de identificación del recién nacido”.

<sup>50</sup> Art. 33, Ley N° 26.413 de 2008: “A los efectos de completar la identificación descripta en el artículo anterior las direcciones generales deben implementar un formulario, prenumerado, denominado ‘Certificado médico de nacimiento’ en el que constará: a) de la madre: nombre, apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impre-

La particularidad a destacar se encuentra cuando se analiza la determinación del otro vínculo en el marco del matrimonio. Se reemplaza la determinación de la paternidad matrimonial, que en Código Civil responde a la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 243, por la fórmula genérica “determinación de la filiación matrimonial” (art. 566)<sup>51</sup>, adecuándose el régimen de la filiación a la posibilidad que hoy tienen las parejas de igual sexo de contraer matrimonio.

Respecto a la determinación de la filiación extramatrimonial, siguiendo lo dispuesto en el régimen vigente, resultan de aplicación las mismas reglas para la determinación de la maternidad matrimonial y/o extramatrimonial. En el otro vínculo, se observa que al receptarse la filiación por TRHA como nueva fuente, se suma como otro medio de determinación el consentimiento previo, informado y libre (art. 570)<sup>52</sup>. Para dejar en claro el predominio del elemento volitivo por sobre el elemento biológico cuando se trate de un vínculo

*sión dígito pulgar derecha; b) del recién nacido: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantar derecha si el nacimiento ha sido con vida; c) tipo de parto: simple, doble o múltiple; d) nombre, apellido, documento y domicilio del declarante; e) marginalmente se consignará el número de documento nacional de identidad del inscripto”.*

<sup>51</sup> Artículo 566: “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre...”.

<sup>52</sup> Artículo 570: “La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”.

filial que reconoce como fuente la procreación asistida, se establece en el artículo 571 que: *“Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”*.

Otro avance que se observa en la versión inicial del Proyecto fue el introducir supuestos especiales, como la gestación por sustitución y la fecundación *postmortem*. No obstante, dichos supuestos fueron suprimidos del texto que recibió media sanción en la Cámara de Senadores.

La supresión de estos procedimientos, en gran medida responde, a la resistencia que despertó en distintos sectores de la sociedad argentina. De todas formas, cabe admitir que se trata de realidades presentes en nuestra sociedad y una materialización de lo que decimos es la existencia de pronunciamientos de la justicia argentina que se han expedido favoreciendo la gestación por sustitución; entre los cuales se destacan dos que pasamos a reseñar.

El primero en el tiempo reconoce como antecedente una gestación por sustitución en la India. Se trataba de una pareja —la mujer argentina y el hombre español— que contraen matrimonio en la ciudad argentina llamada San Lorenzo, pero fijan su domicilio conyugal en España. Ante la imposibilidad de tener hijos por el camino natural, deciden recurrir a la gestación por sustitución en la India.

Cuando la niña nace en la India, concurren a la Sección Consular de la Embajada argentina con sede en Nueva Delhi para inscribirla. Se les informa que no podrán inscribirla en el registro que lleva el Consulado argentino, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en el país.

Frente a la negativa, la mujer promueve ante la justicia del lugar de celebración del matrimonio una medida urgente tendiente a que se disponga la inscripción. El Juzgado de Familia de San Lorenzo, hizo lugar a la medida y ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto u organismo que corresponda a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la resolución se inscriba a la menor como argentina nativa. Entre los argumentos, merecen ser transcritos los siguientes: *“La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos... La actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi... ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo que respecta a la posibilidad de obtener la nacionalidad argentina ‘por opción’, debemos hacer una concreta referencia a lo dispuesto por la Ley n° 346 de Ciudadanía y Naturalización y sus normas reglamentarias y complementarias, en el Título I. De los argentinos, establece que son argentinos, inciso 2°: ‘Los hijos de argentinos nativos, que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen’. El Decreto. 3213/84, reglamentario de la Ley n° 346 en su art. 2° establece: ‘Cuando se tratase de hijos menores de 18 años de padre o madre argentinos nativos, contemplados en el artículo 1° inciso 2) de la Ley n° 346 y sus modificatorias, que se hallaren en país extranjero, la opción por nacionalidad argentina deberá ser formulada por quien o por quienes ejerzan la patria potestad ante el Cónsul ar-*

*gentino que corresponda, quien procederá a la inscripción del menor...”*<sup>53</sup>.

Respecto al segundo caso, el 18 de junio 2013 se registra en Argentina la primera sentencia judicial que ordena la inscripción de una niña cuyo nacimiento se logra por medio de una gestación por sustitución nacional.

Se trataba de una pareja que había contraído matrimonio en noviembre de 2006. La esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término. En el segundo de ellos que transcurre durante el año 2010, pierde el bebé en época cercana a la fecha probable de parto. Por este episodio, la mujer fue sometida a una intervención de complejidad que comprendió la extirpación del útero. Con este resultado, la pareja decidió inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y, paralelamente, se informaron sobre la gestación por sustitución internacional. Respecto a este último recurso, en principio, lo desearon por razones económicas.

Una amiga que vivió muy de cerca la situación de este matrimonio, se ofrece voluntariamente y sin retribución a cambio, a llevar un embarazo que sea el resultado de la unión de células germinales de la pareja. Esta mujer estaba separada de hecho desde el año 2001 y tenía dos hijos de 18 y 21 años, quienes al tomar conocimiento de la decisión de la madre deciden apoyarla.

Mientras la mujer gestante se somete a un tratamiento terapéutico, el matrimonio por medio de una fecundación “in vitro” logra un embrión que seguidamente se implanta en el útero de la amiga común. El

implante resulta exitoso y así nace una niña el 19 de abril 2012.

En el certificado de nacimiento se deja espacios sin completar, pero en el mismo se deja constancia de los datos que identifican a la gestante.

En este contexto, el matrimonio decide solicitar la inscripción de la niña como hija matrimonial en la justicia.

La jueza que entiende en la causa, sustenta su decisión en los argumentos siguientes: a) en la gestación por sustitución el elemento que define el vínculo es la voluntad procreacional; b) la voluntad procreacional puede definirse como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad por su educación y crianza; c) Estas nuevas formas de concebir la familia requieren el reconocimiento de sus derechos filiatorios; d) la existencia de fallos recientes que aun sin contar con una ley que admita el instituto, han dispuesto la inscripción en Argentina de nacimientos acontecidos en el exterior a través del recurso de la gestación por sustitución, ponen de manifiesto que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada merece una respuesta; e) importancia de que la niña tenga acceso en algún momento de su vida al conocimiento de su realidad gestacional<sup>54</sup>.

En relación a los argumentos con base legal, la juez hace mención de la reciente Ley 26.862 sobre Cobertura de tratamientos de procreación humana asistida, en relación a la amplitud de criterio que consagra al reconocer tanto las prácticas homólogas y/o heterólogas de baja y alta complejidad, como así también, hace referencia al Proyecto de Reforma que a la época del fallo receptaba la gestación por sustitución

<sup>53</sup> Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia, San Lorenzo, 02/7/2012, La Ley Online, AR/JUR/62130/2012.

<sup>54</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86, 18/06/2013, La Ley 2013-D-195.

con límites que se corresponden con el caso que llega a su conocimiento.

De conformidad a los argumentos expuestos, la juez dispone que se proceda a la inscripción de la niña como hija del matrimonio y en adhesión a lo solicitado por la Fiscal, impone a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional.

Tras el análisis de historias de vida planteadas en la justicia argentina y de tantas otras reservadas al mundo íntimo de la familia a lo que se suman los avances legislativos recientes, consideramos que la decisión de borrar del Proyecto la gestación por sustitución no resulta una buena estrategia de política legislativa. Decimos esto porque esta decisión se contrapone con el criterio amplio que sigue la ley 26.862, tanto cuando reconoce la posibilidad de recurrir a técnicas de baja o alta complejidad para tratamientos de inseminación o fecundación homóloga y/o heteróloga, como así también, cuando define la extensión de los beneficiarios: *“Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado...”* (art. 7°). De este enunciado surge que puede tratarse de una pareja –de distinto o igual sexo– casada o conviviente; mujer sola que recurra a material genético de tercero dador, como así también, entendemos que cabe comprender el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente –de distinto o igual sexo– que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo.

Si bien desde nuestro sentir interno, nos preguntamos si esta práctica conlleva

a una desnaturalización del acto procreacional que por esencia pertenece al mundo íntimo de la pareja, no podemos desconocer que cerca de cada uno de nosotros esta realidad existe y desde el Derecho debemos brindar respuestas, más aún cuando, nos encontramos con niños nacidos a través de estos procedimientos. Justamente, atendiendo al interés superior del niño, se dijo: *“... el interés superior del niño, que es la pauta que debe tenerse en cuenta cuando de los mismos se trata, implica no solo que tengan –de ser posible– tanto un padre como una madre, sino también de resguardar su identidad, que está dada por elementos biológicos, que resultan de la naturaleza, y no, en cambio, del contenido de una ley que omita tener en cuenta a tal efecto la relación con la gestante. Resulta además inadmisibles crear huérfanos artificiales, que es lo que ocurriría si el comitente del niño fuera una sola persona...”*<sup>55</sup>. Reiterando nuestra preocupación por datos de la realidad, desde lo abstracto y en lo personal compartimos parcialmente la reflexión de Sambrizzi, pero frente a situaciones concretas debemos despojarnos de nuestro sentir interno y asumir la responsabilidad desde el derecho de brindar respuestas. En relación, al mejor interés del niño la respuesta debe ser aquella que le permita acceder a una familia dentro de la cual pueda crecer y desarrollarse en un marco de amor y protección.

En suma, partiendo de entender al Derecho como una ciencia social que se compone de tres dimensiones –realidad social, norma y valores–, cabe integrar al

<sup>55</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A. (2012): “La maternidad subrogada (gestación por sustitución)” en: Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE (compilador), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina) p. 323.

Derecho todas las variables que coexisten en la sociedad posmoderna que nos comprende. Por tanto y siempre teniendo en miras la protección de la persona y sus derechos, cabe regular en sus justos límites este procedimiento.

#### 2.4. ADOPCIÓN

A modo de inicio, corresponde señalar que la adopción se introduce en el Derecho argentino en el año 1948 por medio de la ley 13.252, solo bajo la forma simple. Después del transcurso de un tiempo, en el año 1971 entra en vigencia la ley 19.134 que consagra los dos tipos de adopción que se reconocen en el presente: plena y simple. Por último y con el fin de adaptar el instituto a la Convención de los Derechos del Niño, en el año 1997 se modifica el régimen contenido en el Código Civil por medio de la ley 24.779.

El Proyecto se ocupa de regular la adopción en el Título VI, iniciando el tratamiento con la definición de esta fuente y con el enunciado de sus principios. En el artículo 594 define la adopción como “... una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”. A continuación, enuncia sus principios rectores: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente

fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años (art. 595). La mención de los mismos vuelve a poner de relieve la impronta constitucional que tiene el Proyecto a lo largo de todo su contenido<sup>56</sup>.

Entre los derechos comprometidos en la adopción que mayor preocupación despierta es el derecho de identidad en referencia a la realidad biológica. Cuando uno se detiene en la lectura del artículo 596 del Proyecto, comprueba que se le brinda un tratamiento que arroja aportes significativos, como: a) el acceso del adoptado al expediente se define en función de sus competencias (autonomía progresiva); b) en el expediente judicial y administrativo se deben reunir la mayor cantidad de datos que faciliten el acceso al origen, como así también la referencia a enfermedades transmisibles si las hubiera; c) compromiso expreso de los adoptantes de hacer conocer al adoptado su verdad de origen; d) se legitima al adoptado adolescente para el planteo de una acción autónoma dirigida a conocer sus orígenes, sin que esta acción impacte en el vínculo adoptivo.

En relación a los requisitos que debe reunir la persona del adoptante y adoptado, se precisa que esta fuente de la filiación está destinada a los menores de edad, aclarando que en el Proyecto se distinguen dos clases: niños de cero a doce años y adolescentes de trece a dieciocho años.

<sup>56</sup> HERRERA, Marisa (2012): “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc”, *Jurisprudencia Argentina. Número especial: El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, 2012-II: pp. 84-98.

Se conserva la posibilidad de pluralidad de adoptados, de manera sucesiva o simultánea; como así también, en el caso que el adoptado tuviere descendientes, estos tienen derecho a ser oídos en función de su grado de madurez y comprensión de la situación. Se declara expresamente que todos los hijos de un mismo adoptante son hermanos entre sí.

En cuanto a quienes pueden adoptar, desde una concepción plural de familia, se extiende a favor de un matrimonio, una pareja de convivientes o persona sola. En la versión que recibió media sanción en la Cámara de Senadores, se introduce un cambio en el artículo 599, al pasar a decir: “... *integrantes de una unión convivencial*...”. De esta forma, solo estarán facultados para adoptar conjuntamente aquellas parejas de convivientes que reúnan los elementos que dispone el artículo 510. Consideramos valioso este cambio, puesto que tratándose la adopción de un instituto que busca brindar una familia que armonice con el interés superior del niño, debe tratarse de una pareja consolidada en el tiempo, estable y no afectada por impedimentos para contraer matrimonio.

Respecto a los requisitos a cumplirse en la persona del adoptante: a) se reduce la edad de treinta a veinticinco años y en el caso que se trate de una adopción conjunta basta con que alcance este requisito uno de ellos; b) la residencia permanente en el país por un término no menor a cinco años que exige el régimen vigente, no se requiere en el Proyecto cuando se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; c) los pretendidos adoptantes deben estar inscriptos en el registro de adoptantes (art. 600).

Una mejora sustantiva se observa en el Proyecto, al introducir cambios necesarios en el procedimiento de la adopción, el cual se divide en dos etapas: la declaración

en estado de adoptabilidad y el juicio de adopción.

Se introduce lo que en la praxis judicial estaba instalado y que se conoce como declaración en situación de adoptabilidad. En el artículo 607 se enuncian los supuestos de procedencia: a) cuando un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de los familiares de origen por parte del organismo administrativo competente; b) cuando los padres han tomado la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, siempre que esta manifestación haya sido producida después de los cuarenta y cinco días del nacimiento del niño (puerperio); c) después de haberse vencido el plazo de ciento ochenta días de las medidas excepcionales que prevén los artículos 37 y 41 de la ley 26.061<sup>57</sup>, tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, cuando el organismo administrativo correspondiente no haya podido revertir la situación.

Las partes que intervienen en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad, son: el niño, los padres u otros representantes legales del niño y el organismo administrativo que intervino en la etapa extrajudicial. Respecto al niño, si tiene madurez suficiente puede contar con su propio patrocinio letrado, de conformidad con la figura del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061 (Ley nacional de protección de niñas, niños y adolescentes).

En el supuesto que la sentencia declare el estado de adoptabilidad, el juez que intervino debe requerir al registro de adoptantes los legajos, para continuar sin demoras con la definición de la guarda preadoptiva, la cual después de concedida se limita a un pla-

<sup>57</sup> Ley N° 26.061 de 2005.

zo máximo de seis meses. Ni bien termina el plazo de guarda, se debe dar inicio al juicio de adopción. Con esto se busca la celeridad en una cuestión que lo exige.

En este contexto, se prohíbe expresamente la guarda de hecho (art. 611).

También se detectan aportes sustanciales en lo relativo a los tipos de adopción. Se declara en el artículo 619 el reconocimiento de tres clases: plena, simple y de integración. Si bien la adopción de integración destinada a completar la vinculación familiar de niños con ambos progenitores, se inserta hoy en el marco de la adopción simple, presenta particularidades que justifican su tratamiento diferenciado, como: a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las restricciones en materia de guarda de hecho; d) no exige declaración en estado de adoptabilidad; e) no exige guarda previa con fines de adopción (art. 632).

En materia de adopción plena y simple se sigue un criterio más flexible en su regulación. Así, en la adopción plena se permite conservar el vínculo con algún pariente (por ejemplo, en la adopción plena con los hermanos que no pueden ser dados en adopción a los mismos adoptantes), y en la adopción simple generar ciertos vínculos con determinados parientes del o los adoptantes (por ejemplo, con los ascendientes del o los adoptantes).

Otra novedad del Proyecto es la incorporación de la figura de la conversión. Así se habilita la conversión de la adopción simple en plena (art. 622).

fue la modificación del régimen de filiación y patria potestad contenido en el Código Civil por medio de la ley 23.264. Si bien se omitió un cambio relevante, como el nombre asignado al instituto que no se corresponde con el lugar que hoy tiene el niño en el ámbito íntimo de su familia y en su protección desde el Derecho; cabe destacar que del conjunto de enunciados que se ocupan de su regulación, surge con claridad que el fin apunta a la protección de los hijos y no al interés de los padres.

Este proceso de cambio se fortaleció con sucesivos avances legislativos. En el año 1990, con la ley 23.849 se introduce en el Derecho interno la Convención de los Derechos del Niño. Este instrumento internacional que, en principio, se ubicaba en el mismo nivel en el sistema de fuentes que el Código Civil, pasa con la reforma constitucional del año 1994 a formar parte del denominado Bloque Constitucional. Este ciclo comienza a cerrarse en el año 2005, con la entrada en vigencia de la ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo articulado responde a los principios contenidos en la Convención. Asimismo, de forma paralela y/o sucesiva se dictaron leyes provinciales que siguen la misma línea. Paralelamente, otras normas impactan de forma transversal en el instituto, como: ley 26.657, Derecho a la protección de la salud mental; ley 26.618, Matrimonio civil; ley 26.579<sup>58</sup>, Régimen de mayoría de edad; ley 26.529<sup>59</sup>, Derechos del Paciente; ley 26.378, aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

## 2.5. RESPONSABILIDAD PARENTAL

Una de las primeras conquistas legislativas de la democracia en la Argentina,

<sup>58</sup> Ley N° 26.579 de 2009.

<sup>59</sup> Ley N° 26.529 de 2009.

En este contexto se llega a los cambios y aportes que introduce el Proyecto<sup>60</sup>, el cual parte por definir el instituto de forma similar a como lo hizo el legislador de la ley 23.264, pero se lo pasa a denominar Responsabilidad parental, término que a nuestro entender guarda sintonía con su fin. Desde otra mirada, con sobrada solvencia se ha dicho: *“Queda evidenciado que el vocablo responsabilidad, tanto por su imprecisión como por estar vinculado a la percepción de la patria potestad como deber, se muestra inaplicable en relación con la patria potestad. Ello aparece notorio cuando nos encontramos con un concepto de la institución que reproduce el acogido por nuestra legislación, concibiéndosela como ‘el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres..’ y haciéndose numerosas referencias en la regulación de la institución a derechos y deberes de los progenitores”*<sup>61</sup>.

Como aporte valioso se destaca la declaración de principios propios: *“... a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”* (art. 639).

De esta forma se deja en claro que la responsabilidad parental se traduce en una función y acompañamiento que los

progenitores ejercen en interés de los hijos, sirviendo los principios como límites en el actuar de estos. Teniendo claro que en toda cuestión que involucre de manera directa o indirecta la persona y derechos del hijo, la decisión a tomar se ajustará necesariamente a su interés superior, deberá permitírsele su participación si sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo lo justifican. Como puede apreciarse, se instala un sistema de equilibrio: cuando por la madurez del niño su ámbito de autodeterminación se extienda, serán menores las facultades de los padres de intervenir en el ejercicio de estos derechos. Esta vinculación no busca consagrar una independencia total del hijo, sino que los padres ejerzan sus deberes-derechos respetando y acompañando a este en la incorporación de competencias propias de las distintas etapas de desarrollo.

En lo que respecta a la titularidad y ejercicio, cuando los progenitores conviven se consagra un ejercicio compartido e indistinto: se presume que los actos realizados por uno de ellos cuenta con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos que requieren el consentimiento expreso de ambos o cuando medie expresa oposición (art. 641.a).

La novedad que el Proyecto introduce y que se corresponde con la tendencia que desde hace tiempo defiende un sector importante en la doctrina y que se refleja en la labor jurisprudencial, es el haber consagrado el ejercicio compartido, después del cese de la comunidad de vida (art. 641.b)<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> KRASNOW, Adriana N. (2012c): “La responsabilidad parental en el Anteproyecto de Código Civil”, *Jurisprudencia Argentina. Número especial: El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, 2012-II: pp. 99-107.

<sup>61</sup> D’ANTONIO, Daniel H. (2012): “La patria potestad en iniciativas de reformas a la legislación civil” en: Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE (compilador), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina) p. 343.

<sup>62</sup> Artículo 641.b: *“... en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades...”*

En armonía con esta apertura, cuando se enuncian los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, se dispone que cuando los progenitores no conviven, el cuidado puede recaer en uno o en ambos, estableciendo como primera alternativa el cuidado compartido (art. 651)<sup>63</sup>. En el supuesto excepcional de que el cuidado personal del hijo recaiga en un solo progenitor, se reconoce al otro el derecho y el deber a una *fluida* comunicación con el hijo. A modo de coronación de este cambio, la norma proyectada avanza aún más y con respaldo en el principio de autonomía faculta a los progenitores a diseñar un Plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo (art. 655)<sup>64</sup>.

El reconocimiento de una corresponsabilidad compartida por los progenitores, aun cuando, la convivencia con el hijo recaiga en uno solo de ellos guarda correspondencia con lo dispuesto en los artículos 9.3 y 10.2 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>65</sup>.

Esta visión encuentra acogida en el Derecho interno de otros países, entre los cuales pueden citarse a modo ilustrativo el régimen vigente en España e Italia<sup>66</sup>. En

América encontramos países que regulan en sus normas la responsabilidad parental compartida como, entre otros, el Código Civil de México, Código de Familia de El Salvador, Código Civil de Uruguay; mientras que otros países disponen en sus normas como regla el ejercicio y cuidado unipersonal (Código Civil de Chile, Código de Familia de Bolivia, entre otros)<sup>67</sup>.

### 3. CIERRE

Como se planteó al inicio de este trabajo, se focalizó el abordaje en hacer una descripción de los cambios y aportes que contiene el Proyecto en los institutos propios del Derecho de familia, contextualizando la reforma dentro de un proceso de desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial que lo precede.

Con este propósito, en la primera parte se analizó desde un enfoque general el

<sup>63</sup> Artículo 651: “*A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo*”.

<sup>64</sup> Artículo 655: “*a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando este reside con el otro progenitor*”.

<sup>65</sup> Artículo 9.3, CDN: “... *mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular...*” y Artículo 10.2: “*El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres*”.

<sup>66</sup> Artículo 92, Código Civil español s/texto ley

15/2005: “... *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento...* 6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio...*” y artículo 155, Código Civil italiano s/texto ley 54/2006: “... *el juez que pronuncia la separación personal de los cónyuges dicta una resolución que tiene base exclusiva en el interés moral y material de la prole. Tal decisión valora prioritariamente la posibilidad que los hijos menores queden bajo la custodia de ambos padres, o establece a cuál de estos se atribuye la custodia de los hijos, determina el tiempo y la modalidad de su presencia con cada uno de los padres, fija otras medidas, y el modo en que cada uno debe contribuir al mantenimiento, a la custodia, a la instrucción y a la educación de los hijos...*”.

<sup>67</sup> RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3: pp. 545-586.

Proyecto, prestando especial atención a sus principios estructurales que actúan como pilares de todo su contenido, como así también a su método, el cual permite comprender el orden lógico seguido por la Comisión reformativa para su elaboración. Con este previo análisis, se logró insertar dentro del conjunto los institutos que hacen al Derecho de familia.

Este análisis global es el que permitió entender muchos de los argumentos expuestos en los Fundamentos, entre los cuales cabe citar en referencia al texto del Proyecto, que el mismo: *“... establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”*. Esta afirmación se visualiza con claridad en el Derecho de familia, cuando se toma contacto con los grandes cambios que se han experimentado en esta área desde la reforma constitucional del año 1994 y que se vinculan con los tres principios que actúan como base del Proyecto de reforma.

El principio de pluralidad nos acerca al reconocimiento de una pluralidad de formas de familia que exige en nosotros referir al Derecho de las familias.

El principio de autonomía nos conduce a pensar y hacer actuar el Derecho de familia en atención a la protección de la persona como un sujeto autónomo y libre.

El principio de solidaridad-responsabilidad es el que permite un juego armónico y equilibrado entre orden público y autonomía de la voluntad. Como se puso de resalto en el cuerpo del trabajo, puede observarse la vinculación entre solidaridad y autonomía, cuando se establece en cada instituto la protección de mínimos.

A pesar de las observaciones y/o recomendaciones de cambio propuestas a lo largo de este trabajo, estamos en condiciones de afirmar que desde un análisis general, logra captar las realidades complejas que se presentan en los distintos tipos de familia en el hoy, a través de enunciados que en su espíritu receptan los valores y principios constitucionales.

Con este resultado y logrando superar las observaciones que hemos formulado cuando se alcance su aprobación, la Argentina podrá contar con un nuevo ordenamiento civil y comercial destinado a la protección de la persona en su unicidad, en sus relaciones de familia y en su relación con los demás (dimensión social).