

# Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares

## Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994<sup>(1)</sup>

por NELLY MINYERSKY<sup>(2)(3)</sup>

### I | Introducción

El Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, actualmente vigente, fue y es el encargado de regir la vida civil de los argentinos desde el año 1871. De aquel momento a la fecha ha pasado más de un siglo y medio, y si bien el referido cuerpo normativo ha tenido importantes reformas, tales como las leyes 23.515 y 23.264, lo cierto es que se tornó imprescindible una reforma integral y, especialmente, una debida adecuación al marco constitucional.

El Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994,<sup>(4)</sup> ha recogido el laborioso camino recorrido por nuestro país en derechos humanos

.....

(1) El presente artículo ha tenido como base el artículo redactado por la misma autora: "El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del Derecho de Familia", en *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho (UBA), Bs. As., Eudeba, 2012, pp. 69/116.

(2) Abogada (UBA). Profesora adjunta consulta de la Facultad de Derecho (UBA). Directora de la Maestría y Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles (UBA). Investigadora permanente UBACyT.

(3) Con la colaboración de la abogada Andrea Soledad Villeres.

(4) La ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionada el día 01/10/2014 y promulgada el 07/10/2014. El Código sancionado entrará en vigor a partir del día 01/01/2016.

(art. 75, inc. 22 CN). En los fundamentos de presentación del Proyecto se delinearón ejes centrales que han servido de guía para la reforma, entre ellos “la constitucionalización del derecho privado” que trae muchas disposiciones relevantes.

El mundo, en este último siglo y medio, ha avanzado en el estudio, interpretación y garantización de derechos humanos, y en nuestra sociedad se ha prendido la chispa de humanización de los derechos. Se ha comprendido que el respeto de los derechos humanos es el primer derecho a garantizar por parte del Estado para que se pueda, luego, gozar de los derechos constitucionales, civiles, comerciales, etc.

La reforma devino, entonces, necesaria para incorporar este cambio de paradigma al derecho común y no dejar librado a la subjetividad de cada uno de sus intérpretes su efectiva aplicación. Las recomendaciones de los Comités Internacionales, la jurisprudencia convencional y local, y la debida casuística así lo ameritaron.

## 2 | La universalización de los derechos humanos y el derecho de familia

Las ciencias tienen por último y principal fin mejorar la existencia de mujeres y hombres desde su inicio. En el mismo sentido, las ciencias jurídicas se desarrollan y las leyes son su expresión. Las leyes deben crearse en beneficio de todos, y los derechos que estas otorgan deben ser conocidos, ejercidos y respetados para lograr un real empoderamiento de los mismos por parte de todos los ciudadanos.

Las distintas fuerzas políticas, sociales y culturales se han encaminado hacia la constitucionalización del derecho privado.

El Código en estudio ha avanzado, sustancialmente, en el camino de impregnar las relaciones familiares de la teoría de la universalización de los derechos humanos.

La privatización del derecho de familia debió, entonces, articularse con su constitucionalización o universalización, que devienen de la necesidad de hacer realidad los derechos humanos, incorporados a la Constitución

de 1994. El derecho de familia ha sido siempre controlado por el orden público: el matrimonio y sus efectos, la filiación, la adopción, etc. Estos institutos han sido delineados por el Estado desconociendo la autonomía de las personas para regir sus vidas, como la sexualidad, la procreación y el proyecto de vida personal.

Para iniciar este análisis es preciso reconocer que la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural, por ende su destino se encuentra ligado al camino que la sociedad recorre:

Sabemos que a lo largo de la historia y antes de ella, según los datos obtenidos por los prehistoriadores y por los antropólogos, lo que han existido han sido muy diferentes modelos familiares. Se puede discutir el orden evolutivo y las líneas de paso de uno a otro, pero no cabe duda que los modelos son diferentes y que, por consiguiente, más que de una única intemporal familia estamos en presencia de múltiples familias y modelos familiares.<sup>(5)</sup>

Cuando mencionamos que toda la sociedad ha cambiado, no podemos dejar de notar que ello ha devenido en un obligado cambio de las diferentes realidades por las que atraviesan las familias y la forma en que el Estado debe responder con iguales o distintas herramientas, pero siempre garantizando los mismos derechos a cada uno de los integrantes de las familias (cualquiera sea su modo de conformación). Entre los fundamentos con que se presentó el Proyecto de Código en estudio, se señala correctamente que lo que se necesita es conquistar la igualdad real y no abstracta para todos los ciudadanos.

La realidad pone en evidencia que el derecho siempre está presente en el momento de constitución de las relaciones jurídicas familiares. Los cambios sociales tienen sus propios factores genéticos, las relaciones interpersonales se modifican por causas autónomas. El derecho las recoge, si no lo hiciera la ley, igual el "derecho" cambiaría. Y si la ley no cambiara lo haría igual la vida social y la ley, en este caso, sería un factor de perturbación.

Si bien la relación entre familia y derecho no es sencilla, más compleja aun ha sido la relación de la situación de las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes con el derecho.

.....

(5) DIEZ-PICAZO, LUIS, *Familia y Derecho*, Madrid, Editorial Civitas SA, 1984, p. 25.

El derecho ha sido y es un ámbito de lucha política, un factor de poder. Constituye un instrumento importantísimo como gran organizador social: distribuye poder, otorga derechos e impone obligaciones. En todas las épocas, el derecho ha respondido a los sectores dominantes de la sociedad; como consecuencia, cualquier decisión que se tome en el campo del derecho es una decisión política. El papel que desempeñan los operadores jurídicos (jueces, juristas, profesores de derecho) incide en el imaginario social en torno a lo que es ser mujer, ser niño, niña y/o adolescente, o integrar un modelo de familia "diferente" al tradicional. Alicia Ruiz ha dicho que "el derecho es un discurso social que prescribe, y prescribe legitimando, reconociendo, otorgando la palabra a algunos y negándosela a otros". Y continúa la autora:

... el derecho nos construye como sujetos en la medida en que nos otorga el uso de la palabra, porque el uso de la palabra produce efectos jurídicos: se es más sujeto de derecho como mujer, o más sujeto de derecho como niño, en tanto y en cuanto el derecho haya legitimado nuestra intervención, nuestra voz, lo que otorga un lugar reconocido no solo en el nivel de la ley, sino también por el efecto que el discurso del derecho produce.<sup>(6)</sup>

La ley es un campo de lucha en el que interactúan diversos actores con voces más o menos fuertes, voces que durante siglos le fue negada a las mujeres y niños.

La verdadera legitimidad de la ley depende, estrictamente, de que contemple desde su articulado un universo diverso y abarcativo.

El derecho tiene un efecto performativo pues legitima relaciones existentes en la vida de las personas y, también, niega otras al silenciarlas. A partir de esas legitimaciones nacen relaciones que traen aparejados derechos y obligaciones, y al callar respecto de otras, las niega. Por ese poder, ese efecto performativo, la sociedad se transforma a través del derecho.

Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, este nuevo Código ha tomado debida nota de que la familia ya no se

(6) RUIZ, ALICIA, "La imagen que nos devuelve el Derecho", en *Derechos Universales, realidades particulares*, E. Faur y A. Lamas, A. (comps.), Bs. As., UNICEF, 2003, pp. 50/51.

conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, así como a los tratados que integran el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido nuestro país.

Este Código ha incorporado la aparición de los nuevos principios, en especial el de "democratización de la familia" y del de "multiculturalidad", ambos de tanto peso que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias", en plural.

Teniendo, entonces, presente esta nueva concepción de las familias y de la sociedad, las acciones del Estado deben tender a la preservación de esta institución, pilar fundamental en la que son concebidos, ahijados y educados los nuevos sujetos de derecho; ello solamente se logrará a través de la consideración de los derechos humanos de cada uno de los integrantes de la familia. Es así que este Código respeta, recepta y regula las nuevas maternidades y paternidades que la sociedad ejerce, y acepta en sus usos y costumbres.

El derecho de familia ha sido estudiado por los juristas concibiendo a la familia como una institución jurídica, formada por un complejo entramado de relaciones que está regido por normas jurídicas. Es decir que, para los juristas, la familia siempre ha sido una realidad jurídica. Por otro lado, la sociología la concibe como una realidad social, para la cual el derecho le es algo ajeno. Así lo ha explicado Luis Diez-Picazo, quien también sostiene que "las relaciones entre familia y derecho son dos círculos secantes, entre los cuales hay solo una zona en común. Habría, de este modo, un campo de la vida familiar regulado por el derecho (derecho de familia) y otro amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al derecho, que formaría el llamado no-derecho".<sup>(7)</sup> Continúa el autor sosteniendo que:

... el derecho recibe y juridifica algunas reglas que previamente han sido éticas, pero que hay otras reglas de derecho cuyo origen no puede encontrarse en la ética. Su origen se rela-

.....  
 (7) DIEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, p. 22.

ciona más con intereses sociales, con realidades económicas o con modos de producción. El derecho de familia no es por consiguiente un *minimum* ético, es un *minimum* estrictamente jurídico. El derecho trata de resolver aquellas cuestiones o aquellos conflictos que son reconocidos en cada momento histórico como justiciables, esto es, que pueden y deben ser sometidos a una decisión de los jueces”.<sup>(8)</sup>

El Estado sería el encargado de decidir qué materia entra en cada uno de los círculos que describiera Diez-Picazo; esta decisión del Estado impacta profundamente en la vida de las personas y de la sociedad.

Lo que para el Estado es la adopción de una política pública cierta, para el individuo el impacto es a nivel subjetivo, y esa inclusión o exclusión del individuo en el marco de protección del derecho de familia repercute en su autoestima, y también en la mirada del resto de la sociedad hacia esa persona.

Para el Estado, la regulación del derecho de familia se traduce en control social y eventual paternalismo, es decir que encontrando regulada la mayor parte de la población, más elementos tendrá el Estado para tomar las políticas públicas que considere adecuadas para el grupo de personas que ha incluido en el marco que brinda el derecho de familia.

La particularidad del Código en estudio es que no solamente ha receptado los distintos modelos de familia, sino que constituye un modelo legislativo en el cual las ideas de no discriminación, igualdad jurídica, consideración del niño como sujeto de derechos, equiparación de roles en la familia, se encuentran potenciados, constituyendo una puesta en práctica de los derechos que las normas convencionales reconocen a los seres humanos. En el análisis de las diversas instituciones que se efectuará en los párrafos siguientes se evidenciará que el modelo de familia horizontal, democrática, en la cual todos los integrantes son considerados sujetos autónomos y capaces, quedará garantizado por los derechos y obligaciones que se establecen en el cuerpo normativo promulgado.

.....

(8) DIEZ-PICAZO, LUIS, *ibid.*, p. 30.

## 3 | Principios fundamentales del nuevo Código Civil

Resulta interesante destacar algunos de los principios que se invocaron en los fundamentos del Proyecto al momento de la presentación del Código, entre los que se destacan: la constitucionalización del derecho privado —desarrollado en el capítulo anterior—, la igualdad, el paradigma no discriminatorio, la sociedad multicultural, la autonomía de la voluntad.

### 3.1 | Igualdad

Los derechos humanos encuentran su pilar fundamental en el principio de igualdad. Desde la Revolución Francesa se ha estudiado y trabajado en pos de la igualdad de los hombres, camino que comenzó a ser recorrido por mujeres y niños con mucho más esfuerzo y muchas más trabas.

Este Código postula como una de sus directrices el establecimiento de la igualdad real de todos los habitantes. La igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos, pero para alcanzarla se requiere, en primera instancia, emparejar la situación de todos los individuos, neutralizando obstáculos o desigualdades de tipo sociales, culturales, económicas, políticas; ello, a los fines de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de la personalidad de cada uno y, entonces, promover el acceso efectivo al goce de derechos personales.

El principio aristotélico de justicia distributiva postulaba como máxima “dar a cada uno lo suyo”. Se debe analizar en debida forma este principio, ya que otorgar contenido a esta situación tan tajantemente puede conducir a flagrantes injusticias, depende quién y cómo decida qué es “lo suyo” y qué es “lo justo”.<sup>(9)</sup>

.....

(9) Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en el año 1930, en el caso “Lanteri” denegó el derecho al voto de las mujeres considerando que no se violaba el derecho de igualdad, ya que ninguna mujer podía votar. En la historia dolorosa de nuestra humanidad situaciones similares se produjeron negándose a negros y judíos la posibilidad de contraer matrimonio, de trasladarse o ejercer determinado empleo.

## 3.2 | No discriminación

El principio de igualdad debe interpretarse de manera armoniosa con el principio de no-discriminación. El derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. La ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas.<sup>(10)</sup> Por lo que el principio de igualdad debe ser interpretado, en esta actualidad que nos toca vivir, reconociendo que esa igualdad supone diferencias.<sup>(11)</sup>

Este Código promueve que nadie quede excluido del amparo de los derechos universales. La pluralidad que existe en todas las sociedades, y en particular en la nuestra, reconocida en los fundamentos del Proyecto como multicultural, obliga al reconocimiento de las identidades respetando los diferentes proyectos de vida de cada uno de los habitantes.

## 3.3 | Autonomía

Un principio imperante en el Proyecto es el de autonomía y de autonomía de la voluntad. La Real Academia Española define la palabra "autonomía" como "condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie". Se trata de una condición de la persona:

Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que estas produzcan claro perjuicio a otros.

(10) RUSSO, EDUARDO A., *Derechos Humanos y Garantías: el derecho al mañana*, Bs. As., Eudeba, 2001; e "Identidad y diferencia (reflexiones en torno a la libertad y la igualdad)", en *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, n° 1, v. XXXVIII, septiembre-diciembre, 2003, pp. 127/135.

(11) Claramente ha sido expresado en el fallo "Freyre": "La igualdad que garantiza el art. 16 de la Constitución no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: 'igualdad entre iguales'. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual", JCONT., ADM. Y TRIBUT. N° 15 CABA, "Freyre Alejandro c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)", sentencia de primera instancia de 10/11/2009, Expte. N° 34:292.

Mostrar la falta de respeto por un agente autónomo es repudiar los criterios de estas personas, negar al individuo la libertad de actuar según tales criterios o hurtar información necesaria para que puedan emitir un juicio, cuando no hay razones convincentes para ello (...) La autonomía se entiende en un sentido muy concreto como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa.<sup>(12)</sup>

Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre.

### 3.3.1. Autonomía de la voluntad

Así como los pueblos gozan del principio de autodeterminación para gobernarse, cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar del mismo principio. De eso se trata la autonomía de la voluntad personal, la que no existe si no es acompañada por el derecho a la libertad. Se expresa en el derecho a manifestarse y actuar libremente de acuerdo a las propias leyes, respetando quién se es. Este derecho a la libre determinación se origina en la dignidad humana y, como antes mencionamos, es inescindible del derecho a la libertad.

Se lo puede resumir como el estado de libertad que puede coexistir con el de los demás, respetando el principio de no dañar a otro y cumpliendo con los requisitos del principio de reserva consagrado en la Constitución Nacional en su art. 19, interpretado este último con la actualidad necesaria para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad que cada uno de los habitantes de la República posee.

### 3.3.2. Autonomía de la voluntad en el derecho de familia

Así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales, la familia conforma una faceta más en la vida de las personas y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad.

No existe un único modelo de familia, ni una sola definición. Con el devenir del tiempo a lo largo de los siglos y el avance de la sociedad, se han

.....

(12) HOFFT, PEDRO F., *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 7 y ss.

originado diferentes modelos adecuados a las necesidades de cada época. Esos cambios no encuentran su explicación en una sola teoría. Diez-Picazo mencionó como precursores de los cambios a los diferentes intereses sociales, realidades económicas o modos de producción.<sup>(13)</sup> Lo cierto es que los cambios sociales llevan siempre muchos años de gestación y desarrollo para imponerse sobre otros, y llevan la impronta de la voluntad de cada uno de los individuos que han vivido en esas épocas.

Las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no solo sobre su propia vida, sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado.

Este modelo nuevo de familia nace en un modelo democrático, en tanto los individuos, además de respetar su libre determinación o su autonomía personal, respetan la del resto de los integrantes de la familia y, basados en principios de tolerancia y solidaridad, crean su propio modelo de familia.

Que las distintas situaciones que se presentan estén legisladas resulta trascendente, por cuanto, por un lado, todas esas posibilidades pasan a tener una presencia real y concreta en la sociedad y, por el otro, no deja margen para considerar que la política que se implemente al respecto constituya una concesión gratuita, sino el cumplimiento de una obligación en el respeto, garantía y efectivización de los derechos en un marco de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Así, al dictarse una ley:

... lo que es técnicamente posible se transforma en permitido legalmente y la diferencia para el ciudadano común es de capital importancia ya que, para muchos, la única referencia moral es la ley positiva. De lo posible, se pasa así a lo legítimo y lo que la ley permite es ya un derecho subjetivo, o sea, una pretensión que cualquiera puede exigir y la justicia no puede negar".<sup>(14)</sup>

(13) DIEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, p. 30.

(14) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho", en LL 1996-C, Sec. Doctrina, p. 1017.

## 4 | Análisis del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>(15)</sup>

Procederemos a analizar algunas de las instituciones de derecho de familia cuyo tratamiento en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) aprobado nos parece de singular trascendencia, ya sea porque significan avances promisorios en la asunción de nuevos paradigmas, como los arts. 1º, 2º, 25, 26; o posibles retrocesos, como el art. 19.

### 4.1 | Fuentes y aplicación e interpretación de las leyes

**Título Preliminar, Capítulo 1 "Derecho", arts. 1º y 2º**

El Estado argentino asumió muchas e importantes obligaciones internacionales desde el dictado del Código de Vélez Sarsfield. Al leer los dos primeros artículos del Código en estudio observamos que este recepta, en materia de fondo que regirá en toda la República, la doctrina de derechos humanos. El primer artículo remite a la Constitución Nacional y a los tratados en los que es parte la República. En el segundo, a los fines de la interpretación de la ley, establece que la misma debe "ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Por requerir estas obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que este cumpla en su jurisdicción la aplicación interna y la remisión directa a los tratados internacionales resulta no solo justa sino muy oportuna e imprescindible. Se reconoce así el avance que supone, para determinados sectores de la humanidad, en especial mujeres y niños, el desarrollo de lo que denominamos universalización de los derechos humanos o teoría de la constitucionalización o humanización del derecho de familia.<sup>(16)</sup>

.....

(15) Aprobado por ley 26.994.

(16) El término "constitucionalización" del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en: "Derechos Humanos y Familia", en André-Jean Arnaud y otros, *Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 60. En cambio, en la noción de "humanización" se enrola Germán Bidart Campos en su publicación: "Familia y Derechos Humanos", en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Bs. As., Ediar, 1999, p. 85 y ss., y el

Los artículos de referencia nos colocan dentro de la órbita que señalan numerosos fallos de tribunales internacionales (como los casos “LMR vs. Argentina”,<sup>(17)</sup> “Mendoza y otros vs. Argentina”),<sup>(18)</sup> que obligan no solo a fallar en consecuencia de lo que indican los tratados incorporados por la Constitución en 1994, sino también la necesidad de que se reconozca y se haga propia la jurisprudencia de los Tribunales u órganos de control de la aplicación de los mismos.

## 4.2 | Comienzo de la existencia humana

### Libro Primero , Título I, Capítulo 1 “Comienzo de la existencia”, art. 19

En el Libro Primero, Título I, Capítulo 1 del nuevo plexo normativo, el art. 19 establece que la existencia de la persona humana “comienza con la concepción”. En el Proyecto del Poder Ejecutivo, su redacción era diferente, ya que señalaba que la existencia de la persona humana “comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de las 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 implantado”.

Es necesario analizar la redacción adoptada desde varias y diferentes ópticas. En primer término, debemos recordar una vez más que, como se dijo en los fundamentos a la presentación del Proyecto, un Código Civil debe construir ficciones a los fines de garantizar determinados derechos en determinadas circunstancias. Ya Vélez Sarsfield estableció en el art. 70 del Código aún vigente que:

... desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir **algunos** derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el

de “universalización” es utilizado por Nelly Minyersky en: “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos Universales. Realidades Particulares*, Bs. As., UNICEF, 2003, pp. 98/99.

(17) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1608/2007, “L.M.R. c. Argentina”, 29/03/2011.

(18) CORTE IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia de 14/05/2013.

seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.<sup>(19)</sup>

¿Esto significa que Vélez Sarsfield equiparaba al embrión con una persona con existencia corpórea independiente? Señalemos que nos hablaba de “algunos” derechos y que esos derechos él mismo los restringía solamente a la esfera patrimonial. Tanto es así que en el art. 64 dispone que “tiene lugar la representación de las personas por nacer siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”. El límite del concepto de persona se pone aquí en evidencia: la única forma en que podrán ejercer esos derechos es a través de la representación, y el codificador lo ha limitado al ámbito patrimonial. Con lo cual, surge lo restringido y el destino de la construcción jurídica efectuada.

El derecho argentino no ha otorgado el mismo estatus al embrión que a la persona nacida. Si bien el Código Civil vigente dice que se es persona desde el momento de la concepción, inmediatamente sujeta esta cualidad a su viabilidad, o sea, que si no hay nacimiento con vida, no hay persona. Los ejemplos en el derecho penal son varios: entre otros, la distinta pena que merece el homicidio en comparación con el aborto, y que este no es punible en grado de tentativa.

Es imposible considerar al embrión como algo estático. Es simplista y contrario al pensamiento científico considerar al embrión en forma genérica sin analizar las distintas etapas de su proceso de desarrollo, pues se ha dicho que la embriogénesis es un proceso continuo. Es difícil establecer fronteras claras entre los estadios de ese desarrollo, pero se pueden distinguir fases sustancialmente diferentes, derivando en distintos tratamientos legislativos. El único momento cierto en que el embrión cambia de estatus es el nacimiento, dejando de ser parte incompleta de un proceso dinámico. Es por ello que la debida aproximación de los conceptos jurídicos y biológicos es fijar el momento del nacimiento como principio de la existencia de la persona.

En el art. 21 del nuevo Código, al igual que lo hacía Vélez Sarsfield en el art. 70, se introduce el concepto de viabilidad, ya que dice que “los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan

.....

(19) El resaltado me pertenece.

irrevocablemente adquiridos si nacen con vida, si no nacen con vida se considera que la persona nunca existió”.

El art. 19 en análisis, y si este se realiza en forma sistemática, nos muestra que su aplicación es totalmente restringida, y que en realidad debería haberse aclarado en la misma norma que esta consideración y definición es nada más que a los efectos civiles, ya que otra forma puede llevar a graves confusiones en la aplicación de la norma y, en especial, en la conciencia social. No es función del derecho civil delinear y definir qué somos como seres humanos, sino solamente establecer determinados derechos en determinadas circunstancias. Por ejemplo, los derechos hereditarios de quien concebido aún no nacido fallece su padre.

En los fundamentos del Anteproyecto del Código se realiza el análisis del artículo postulado para definir el comienzo de la existencia. Se señala que dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el Anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal que se ha conservado hasta su antigua terminología.

En el artículo en análisis no se hace mención expresa, como sí se hizo en el Proyecto, a los casos en los cuales se ha recurrido a las técnicas de reproducción asistida. En efecto, se consideraba la existencia de la persona humana “desde el momento de la implantación del embrión en la mujer”. Se ha sostenido equivocadamente que tal omisión podría suponer una interdicción a las técnicas de reproducción asistida. Corresponde señalar que en el mencionado art. 21 se hace referencia expresa al “concebido” o “implantado”. Por otra parte, en el Libro Segundo, Título V “Filiación”, se contempla en forma detallada y se regula la filiación que deviene de las técnicas de reproducción asistida en que se contemplan los efectos del embrión implantado en el cuerpo de la mujer, señalando como una de las tres fuentes de la filiación las técnicas de reproducción humana asistida.

Si se interpretara que el art. 19 es aplicable a cuestiones tales como las técnicas de reproducción asistida, o la interrupción voluntaria o no de un

embarazo, sin hacerlo de manera sistemática, como se ha señalado, se conculcarían derechos humanos fundamentales de distinto tipo que nacen del bloque de constitucionalidad (Constitución Nacional de 1994).

Considerar al embrión *in vitro* con igual estatus que el embrión *in vivo* y, más aún, dotarlo del estatus de persona con todos sus atributos lesiona derechos humanos fundamentales como:

1. El derecho a constituir una familia (art. 14 bis CN y concordantes), en tanto supondría un impedimento a la adopción y puesta en práctica de tratamientos y técnicas de reproducción asistida.
2. El derecho a la libertad de investigación: se obstruiría el avance de las investigaciones, en especial las vinculadas con células madre y embriones inviables. Debemos tener en cuenta “la libertad de investigación, derivada natural de la libertad de pensamiento —tal como lo destaca la UNESCO—”.
3. El derecho a la salud (art. 33 CN) se vería vulnerado si se prohibieran las técnicas de selección de embriones preimplantatorias que se encuentran incorporadas a nuestras prácticas cuando se tiene en mira evitar la transmisión de enfermedades congénitas severas, técnicas puestas en práctica en varios países y que en la Argentina ha sido receptada jurisprudencialmente.<sup>(20)</sup>

Recordemos que la Corte IDH, en la sentencia del caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”,<sup>(21)</sup> defiende el deber y el respeto de los Estados por el acceso a la reproducción humana asistida, en especial la fertilización *in vitro*, ya que prohibirlo o restringirlo implicaría una abierta violación a varios derechos humanos, entre ellos: a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y d) el principio de no discriminación.

En relación al embrión, la Corte IDH asumió la posición que ya sustentáramos en el artículo “El embrión, el feto y la vida humana. Reflexiones” sobre la progresividad, en el sentido de que “en los primeros meses debe considerarse prevalente el derecho a la autodeterminación de la mujer gestante, que irá mermando en relación inversamente proporcional al progreso del embarazo, salvo la existencia de razones que afecten la salud

(20) CAPEL. CIV. Y COM. MAR DEL PLATA, “L., H. A. y otra c/ IOMA y otra”, 29/12/2008.

(21) CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación ‘*in vitro*’) vs Costa Rica” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28/11/2012.

tanto del *nasciturus* como de la futura madre”;<sup>(22)</sup> una interpretación contraria violaría derechos consagrados en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW),<sup>(23)</sup> en especial los arts. 12 y 16.

La Corte IDH, en el fallo aludido, postula que es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. También concluye que de los arts. 4° de la Convención Americana (CADH), 3° de la Declaración Universal, 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 no es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona, ni debe desprenderse dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

### 4.3 | Análisis de la capacidad de las personas menores de edad

**Libro Primero, Título I, Capítulo 2 “Capacidad”,  
Sección 2° “Persona menor de edad”, arts. 25 y 26**

Hemos dicho, y así se manifiesta en los fundamentos que acompañaron el Proyecto de reforma, que este es un Código que sostiene el principio de constitucionalización del derecho privado. Es un Código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio.

Se legisla teniendo presente que se trata de una sociedad multicultural poseedora de una serie de conductas sociales diversas. Especial consideración

(22) MINYERSKY, NELLY y FLAHERTY, LILY R., “El embrión, el feto y la vida humana. Reflexiones”, en *Diario La Ley*, jueves 6 de octubre de 2011, pp. 1/6.

(23) Sigla en inglés de: Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

merece el avance sustancial de este Código en el reconocimiento de los derechos humanos de niños, niñas y mujeres, el que debe valorarse como fundamental para la institucionalización de la democracia en nuestro país.

“Se ha dicho que la democracia es buena para los niños” y “que los niños son buenos para la democracia”.<sup>(24)</sup> Oposición y complementariedad que testimonian la importancia del tema “infancia” dentro del sistema democrático.

Es necesario considerar la democracia en la familia como condición insustituible para pensar a la democracia en la sociedad y, por ende, llegar así a un Estado democrático de derecho.

La titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para extender a niños, niñas y adolescente el concepto y las reglas de la democracia.

La CDN,<sup>(25)</sup> ratificada por nuestro país hace décadas e incorporada con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, contiene principios estructurantes que están íntimamente relacionados con los fundamentos referidos en los párrafos precedentes. En un sistema garantista puede decirse que estos principios “son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”.<sup>(26)</sup>

En la CDN podemos señalar, en el art. 2º, el principio de no discriminación; en el art. 3º, el de protección; en el art. 4º, el de efectividad; y en los arts. 5º y 12, la autonomía y participación. Todos ellos describen derechos tales como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía y la libertad, cuyo cumplimiento es exigencia de la garantía. Los principios enunciados son obligatorios y, por ello, el Proyecto no hace otra cosa que cumplir con el mandato constitucional.

.....

(24) BARATA, A., “Infancia y Democracia” en E. García Méndez y M. Beloff (comps.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 39.

(25) En Argentina, la CDN —que fue ratificada por ley 23.849— goza de jerarquía constitucional desde 1994 (Ver art. 75, inc. 22 CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la CSJN a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992.

(26) CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, op. cit., p. 77.

Uno de los ejes fundamentales de la reforma que adopta las disposiciones establecidas en las convenciones internacionales se refiere a la regulación de las relaciones filiales, o sea, las relaciones de los niños con sus padres y de todos los integrantes del grupo familiar.

El niño no es un ciudadano futuro, sino un ciudadano en plenitud en cada momento de su existencia. La CDN, desde el momento de su incorporación a nuestro plexo normativo, encontró graves obstáculos para ser empoderada por determinados sectores de la sociedad, y por individuos en particular. Evidencia de tal circunstancia fue la resistencia a derogar la ley 10.903 de Patronato, evento que recién se produjo en el año 2005 con la promulgación de la ley 26.061.

La existencia de un Código Civil obsoleto, a pesar de las reformas que introdujeron la ley 23.264 y la 23.515, produjo un desfasaje ya que no se articulaba debidamente con las normas constitucionales. Se suscitaron, así, interpretaciones diversas, la mayoría de ellas desconociendo los derechos humanos en estudio.

#### **4.3.1. Capacidad progresiva**

La aprobación de la CDN constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez en tanto inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”.

En el ámbito de su familia, el paradigma de la protección integral propone una nueva concepción del niño como sujeto de derecho en la relación paterno-filial de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de represión y control ilimitados por parte de sus padres. Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

En la República Argentina, al referirnos a esta temática debemos considerar un marco normativo integrado por la CDN, que desde 1994 con-

forma el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN), la Ley de Infancia 26.061 y el Código Civil. Si nos atenemos a la letra del Código Civil vigente, la capacidad progresiva, como la entendemos hoy de acuerdo a la normativa constitucional, no está contemplada.

El Código nuevo ha receptado la doctrina de la capacidad progresiva. Se recepta la ley 26.579 que entró en vigencia el 31/12/2009, y estableció la mayoría de edad en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 CCyC). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente (personas entre 13 y 18 años). El menor de edad puede ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez y, por supuesto, recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona (art. 26).

Cabe destacar que el Proyecto incorpora la figura del abogado del niño, la que ha sido largamente debatida por doctrina y jurisprudencia y reconocida expresamente en el art. 27, inc. c) de la ley 26.061. El art. 26 CCyC dispone que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, y en situaciones de conflicto de interés con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

El trabajo de décadas respecto a la participación del niño en las situaciones en las que se encuentren en juego sus derechos se ve reflejado también en el instituto de la adopción. El niño que cuenta con edad y grado de madurez es parte respecto de la declaración de su situación de adoptabilidad (art. 608), al que comparecerá con asistencia letrada, y en el juicio de su adopción (art. 617, inc. a) en el que también contará con asistencia letrada. Además, el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso en su juicio de adopción (art. 617, inc. c). Por último, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder al expediente judicial y administrativo (art. 596).

#### **4.3.2. Competencia médica**

Capítulo aparte merece la recepción del Proyecto sobre la doctrina de competencia médica. Debemos tener bien claro que existe una diferencia fundamental entre capacidad civil y el concepto de competencia bioética

o médica. La capacidad civil se adquiere al cumplir la mayoría de edad. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado de la vida, sino que se va desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez. Se trata de un concepto que pertenece al área de los derechos personalísimos que se ejercen a medida que se va adquiriendo la capacidad necesaria para hacer efectivos derechos como la salud y la vida. En este Proyecto, para evitar interpretaciones divergentes respecto de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para situaciones determinadas, se establecieron edades específicas, en las cuales nadie puede negarles el ejercicio del derecho personalísimo que es el cuidado de su propio cuerpo.

Es así que establece que, se presume que, entre los 13 y los 16 años, el menor adolescente tiene aptitud para decidir respecto de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su salud o integridad física. En tales casos, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus padres o representantes legales. Y a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es que “el derecho de las niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo, puede ubicarse dentro de los derechos de la persona vinculados a su dignidad, los denominados personalísimos, o sea, aquellos en los cuales se restringe la posibilidad de su ejercicio mediante representación”.<sup>(27)</sup> Se garantiza, así, el ejercicio de manera autónoma de un derecho personalísimo.

## 4.4 | Las relaciones de pareja en el Proyecto

El matrimonio y el divorcio son dos instituciones en las cuales la tensión que señalamos al inicio de este trabajo entre la sociología y derecho de familia aparece en distintos momentos de su historia con alto nivel de conflicto.

En estas situaciones especiales las nuevas ciencias deben ser interpeladas. Así como se plantea la autonomía y la libertad para elegir y constituir un

(27) RODRÍGUEZ PALOMO, CARLOS, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, p. 12.

determinado tipo de familia o contraer matrimonio de acuerdo a su identidad sexual, también esa autonomía y libertad debe corresponderse con la libre elección de cuándo y cómo poner fin a las referidas uniones.

Es necesario preguntarse cómo operan los principios reseñados cuando los proyectos de vida en común cesan por parte de uno o de ambos integrantes de la pareja.

#### 4.4.1. El matrimonio

**Libro Segundo “Relaciones de Familia”, Título I “Matrimonio”, art. 401 y ss.**

Respecto a esta institución, en los fundamentos que acompañaron la presentación del Proyecto se señaló que la igualdad es el principio constitucional que impregna tanto al régimen jurídico matrimonial, como a su ruptura. Se reconoce un avance indiscutible a la autonomía de la voluntad tal como lo venía señalando la doctrina y jurisprudencia nacionales, otorgándose un desarrollo preminente al art. 19 CN. Muestra evidente de ello son los principios de libertad e igualdad que preside el primer artículo del Capítulo 1, Título I del Libro Segundo. Estos principios de autonomía, libertad, igualdad y no discriminación se plasman con toda claridad en el art. 402 que nos señala que en la aplicación e interpretación de las normas, ninguna puede serlo 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.

Este nuevo Código incorpora la Ley de Matrimonio Igualitario (ley 26.618) en su totalidad. 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 monoparentales, las fundadas a partir de una unión convivencial, o las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina —y en menor medida, en la jurisprudencia— como “familia ensamblada”).

Otro punto a destacar es el art. 431 sobre derechos y deberes de los cónyuges, que evidencia el nuevo paradigma que rige las relaciones de familia. Es así que nos señala como eje fundamental de las obligaciones que de él devienen el compromiso a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad,

estableciendo el derecho el deber de asistencia al indicar que los cónyuges deben prestarse asistencia mutua.

Si bien, como se analizará a continuación, al establecerse un régimen incausado para el divorcio, parecería como carente de fundamento lo señalado respecto a los deberes de fidelidad y cohabitación, consideramos importante su incorporación como relevante medio de indicar caminos por los valores axiológicos que ellos significan.

#### 4.4.2. El divorcio

**Libro Segundo "Relaciones de Familia",  
Título I "Matrimonio", Capítulo 8 "Disolución del matrimonio", arts. 435/442**

Una de las modificaciones propuestas en el nuevo Código en materia de familia que más inquietudes ha suscitado, ha sido la eliminación de las causales subjetivas en el divorcio.

En los fundamentos que acompañaron al Proyecto se mencionaba que la experiencia judicial ha mostrado que el alto nivel de destrucción y desgaste que sufren los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contradictorio es sumamente dañino. La culpa conlleva la sanción de castigo/reproche. La ley, cuando incorpora el divorcio sanción en lugar de contribuir y ayudar al grupo humano en crisis, aparece como un elemento que profundiza el antagonismo y el conflicto. Se reconoce la función pedagógica de la ley, pues el Proyecto "pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial".<sup>(28)</sup> Se busca, de esta manera, paliar los daños de todo tipo que sufren los integrantes de la pareja y sus hijos.

Se ha considerado que se cumple con la doctrina internacional de los derechos humanos. La legislación trata de dotar de elementos a las personas involucradas en la crisis familiar para que atenúen sus consecuencias y efectos negativos de la ruptura conyugal. Salir del ámbito sancionatorio para poner el eje en el tratamiento del fracaso de un proyecto de vida en común tiene coherencia desde el punto de vista del cuidado que merecen las personas, sobre todo cuando se busca hacer efectiva, en los casos particulares, la doctrina internacional de los derechos humanos.

.....

(28) Ver fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe recordar que nos encontramos frente a la finalización de un proceso gradual que se desarrolló durante décadas, el que comenzara después de la II Guerra Mundial (1945) cuando los Estados comienzan a percibir que el denominado “divorcio sanción”, que establecía culpas y penalidades, no cumplía con el objetivo querido, o sea, el cese o disminución de la ruptura de los vínculos. Es entonces que comienza a ponerse la mirada y cuidado sobre los efectos de la crisis matrimonial. Aparece así, en el derecho comparado el denominado “divorcio remedio” a través de la incorporación de normas que aceptaban la separación de hecho con fundamentos variados por causas que hacen imposible la vida en común. También se aprecia un avance en el reconocimiento de estos derechos en la aceptación no solamente de la separación personal, sino también la disolución del vínculo.

En nuestro país, la ley 17.711 de 1968 incorpora a nuestra legislación la separación personal por presentación conjunta en su mentado art. 67 bis. Con posterioridad, una vez establecido el Estado de derecho en nuestro país, se dicta la ley 23.515 que admitió el divorcio vincular, mantuvo la separación personal y el divorcio por presentación conjunta e incorporó la separación de hecho como causa.

El nuevo Código supone un avance importante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas en cuándo y de qué forma dejarán de vivir en matrimonio. Es un camino que lleva al denominado “divorcio incausado” que ha sido definido como “aquel en donde no se exige la prueba de la culpa o del desquiciamiento matrimonial”. Se atribuye fuerza vinculante al solo pedido del cónyuge sin necesidad de invocar causas al tribunal. La falta de invocación de causa conduce a la eliminación de responsabilidades. Desaparece así la categoría de culpa y, en consecuencia, la responsabilidad debida al inocente. Los efectos deben ser considerados sin ligarlos al tema culpabilidad. “La ley debe, en cambio, regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a pautas ético-sociales que se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino solo trasunto de situaciones jurídicas que trascienden el conflicto mismo”.<sup>(29)</sup>

(29) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª ed. actual. y amp., Bs. As., Astrea, 1998, t. II, p. 11.

La jurisprudencia ha ido flexibilizando los requisitos que impuso la ley 23.515 respecto de los denominados requisitos temporales (arts. 214 y 215), considerándolos como restrictivos de la autonomía y de la libertad.

Por otro lado, la doctrina y el derecho comparado promueven el divorcio incausado solicitado, inclusive, por uno solo de los cónyuges, ya que el quiebre y la separación del matrimonio se producen ya sea a través de la voluntad de ambos o de la mera expresión de uno de ellos.

Otro elemento que se debe tener en cuenta al legislar sobre esta temática es la dificultad que se encuentra para determinar la culpabilidad y el tipo de prueba que debe meritarse. Muchas veces, esta apreciación aparece impregnada de subjetividades ajenas a la esfera de la justicia y del derecho. "Así, partiendo de la premisa de que el matrimonio es un acto que las personas celebran —y mantienen— consensualmente, de forma que puede hablarse de la existencia de un consentimiento "renovado", al momento en que este consentimiento mutuo deja de existir, el acto en sí mismo pierde uno de sus requisitos esenciales".<sup>(30)</sup>

Tal como expresa Eduardo Zannoni:

El divorcio incausado —tanto bilateral como unilateral— ha sido promovido por las legislaciones más progresistas que no legitiman una excesiva intromisión del juez en los asuntos familiares que resulte contraria a la libertad de intimidad de los afectados. Es que, con frecuencia, el desamor, la incompreensión recíproca, los desencuentros afectivos, la quiebra del proyecto común, en suma, no se materializan fatalmente en conductas que puedan proponerse ante los estrados, y menos aún, probarse como "causa" del divorcio.<sup>(31)</sup>

Entendemos que el nuevo Código ha asumido la posición del Código español y, en cierto modo, la del Código francés, considerando el divorcio como un derecho:

(30) FAMA, M. VICTORIA., "Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio", en *RDF*, n° 44, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 45.

(31) ZANNONI, EDUARDO A., "Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998", en *RDF*, n° 16, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000, p. 29.

El legislador reconoce un auténtico derecho al divorcio que viene a incrementar la larga lista de derechos subjetivos recientes, y la consagración del derecho al divorcio confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar. Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio.<sup>(32)</sup>

El sistema de divorcio propuesto en el art. 435 y concordantes del nuevo cuerpo normativo se ha mal denominado como “divorcio express”, desvalorizando la propuesta sin analizar el profundo contenido de una mejor resolución de la crisis que significa. Por el contrario, si bien la petición del mismo puede ser unilateral o por ambas partes, el o los presentantes deben acompañar un convenio denominado “regulador”. Se trata de una propuesta que regule los efectos del divorcio, en el que se manifiesta claramente el respeto a la autonomía de la libertad de las personas. Se exige un grado de responsabilidad que supone el pensar y proponer un sistema que determine pautas de convivencia y cuidado de los hijos, cuál se considera debe ser el destino de los bienes de la sociedad conyugal, el destino de la sede del hogar conyugal, etc.

Resulta interesante transcribir el art. 439, “Convenio regulador. Contenido”, del nuevo plexo:

El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

(32) PETREKA, N., “El divorcio francés tras la ley 26/5/2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad”, en Carlos Lasarte Álvarez (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Potencias y Comunicaciones, Madrid, 27, 28 y 29 de junio 2005)*, UNED/IDADFE/El Derecho, Madrid, 2006, p 19. Ver, asimismo, HERRERA, MARISA, “Perspectivas Contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en *RDF*, n° 44, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 80.

En los casos en que la petición de divorcio es conjunta y se adjunta el convenio regulador, el juez debe dictar la sentencia pertinente. En relación al convenio regulador, lo podrá o no homologar y/o exigir garantías para su cumplimiento (art. 440).

Si la presentación fuere unilateral, deberá acompañarse una propuesta de convenio regulador que podrá o no ser aceptado por la otra parte. Si no fuera aceptado, el divorcio se decretará de todos modos, discutiéndose judicialmente los términos del acuerdo regulador.

Otro de los temas a destacar del Código es la incorporación de la figura de la compensación económica establecida en el art. 441, cuya fuente principal es la solidaridad familiar, considerándose si el matrimonio ha provocado o no un enriquecimiento o empobrecimiento de un cónyuge por sobre el otro.

La prestación compensatoria busca, como bien lo explicita el art. 441, resarcir al cónyuge al cual el divorcio le ocasiona un desequilibrio en relación a su situación anterior; desequilibrio que puede provenir de la división de roles que surge en la pareja y/o por causas relacionadas con la vida en común. Esta institución ha sido receptora de la legislación civil de Austria, Francia, Suiza, Barcelona, Dinamarca, Quebec, el Código de familia de Cataluña y varias legislaciones como la de Navarra, Aragón, Canarias, todas bajo distintas formas, pero en miras a la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de la vida de los cónyuges. En España, la obligación pasa a los herederos, se pierde por matrimonio, pero no se extingue por trabajo del beneficiario ni por muerte. En Quebec se la reconoce por haber contribuido con los bienes o con el trabajo en el hogar, tiene duración limitada, se impone por causas objetivas y no se excluye por la ganancialidad.

Esta figura está íntimamente ligada al divorcio incausado, ya que su causa fuente no es la culpa, sino los principios antes mencionados. El art. 441 CCyC dispone que el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación tiene derecho a una compensación. Si las partes no se ponen de acuerdo, el juez define el monto. Es interesante resaltar que las pautas que establece el art. 442 en sus distintos incisos receptan en forma directa e indirecta principios de igualdad y dignidad entre hombres y mujeres. Se aclaran, así, situaciones

que eran frecuentemente planteadas pero no reconocidas por la jurisprudencia, y que suponían un desconocimiento de los derechos de cada uno de los integrantes de la pareja que provenían de una asignación de roles social y culturalmente estratificados. Por ejemplo, el inc. b) del art. 442 cuando habla de la dedicación que cada cónyuge brindó a la crianza de los hijos, y/o la colaboración prestada a las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge, en el inc. e). Este principio aparece también en el capítulo de derechos y deberes de los cónyuges en el cual se determinan que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y deber moral de la fidelidad, debiendo prestarse asistencia recíproca.

En el art. 433 se fijan las pautas para la determinación de alimentos que rigen durante la convivencia y la separación de hecho. Aquí también se incorporaron principios que deben ser tenidos en cuenta y que fueron largamente reclamados, sobre todo por las mujeres, en especial por el trabajo en el hogar y crianza y educación de los hijos y sus edades; la capacitación laboral y posibilidad de conseguir un empleo; la colaboración en las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge. También ha de destacarse el minucioso desarrollo que se hace del uso de la vivienda.

#### 4.4.2.1. La atribución de la vivienda (arts. 443 a 445)

La atribución de la vivienda se encuentra completamente separada del concepto de la culpa ya que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la atribución de la vivienda, se trate de un bien propio o ganancial, teniéndose en cuenta si quien peticiona es quien convive con los hijos y si se encuentra en una situación económica desventajosa y quiénes integran el grupo familiar. Se considera el derecho de la vivienda como un derecho humano, por ende, son las condiciones disvaliosas de quien lo solicita las que determinarán el otorgamiento del uso de la vivienda familiar. Para mayor claridad, el art. 443 dispone:

Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquier de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios

medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

#### 4.4.2.2. Sobre la separación personal

Otra de las reformas importantes que introduce el nuevo plexo normativo en el régimen en estudio es la eliminación de la separación personal, en la que los cónyuges no asumen la aptitud nupcial, pero sí quedan eximidos de una serie de derechos y obligaciones matrimoniales. En esta opción, la posición asumida en el Proyecto es coherente con el camino emprendido por los países más avanzados en la materia. Mantener la separación personal retrotrae a una visión conservadora y descalificadora sobre el divorcio vincular, ya que, siendo los efectos los mismos, la persona practicante de algún credo determinado, que por sus convicciones considera el vínculo matrimonial como un sacramento, puede muy bien no ejercer el derecho. Es decir, no está obligado a contraer nuevas nupcias.

En los fundamentos del Proyecto se dice que la derogación de la figura de la separación personal tiene su explicación en que cuando esta se mantuvo, el contexto jurídico social era diferente del presente. La separación personal suponía una alternativa a quienes se oponían al divorcio vincular. Por otra parte, la escasa aplicación que evidencian las estadísticas y el hecho de que en la mayoría de los casos se acude a la separación personal no por razones religiosas, si no por no haberse cumplido el plazo mínimo que exige la ley para solicitar el divorcio de común acuerdo o el de separación de hecho, auspiciaron su justa supresión.

#### 4.4.2.3. Régimen Patrimonial del Matrimonio (Libro Segundo "Relaciones de Familia", Título II "Régimen patrimonial del matrimonio", art. 446 y ss.)

Se reconocen en toda su plenitud, en las disposiciones que se regulan respecto del régimen patrimonial del matrimonio, la libertad y su consecuencia, la autonomía. Estos principios aparecen con toda claridad en el art. 446 CCyC, cuando dispone que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer las convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: un inventario y avalúo de los bienes que llevan a cada uno al matrimonio y así también de las deudas; las donaciones que se hagan entre ellos, y en especial el convenio que más nos interesa: en el que se haga opción a uno de los regímenes previsto en este Código. Como vemos, si bien se recepta claramente el principio de

autonomía, está restringido y condicionado por la limitación en cuanto a los regímenes a seleccionar, así como por las normas que son aplicables, cualquiera sea el sistema adoptado.

La opción a la que la ley somete a los cónyuges es entre el sistema de comunidad y el de separación de bienes. Se establece el de comunidad de gananciales como régimen legal supletorio.

El régimen de comunidad de bienes mantiene en forma aproximada el sistema vigente, si bien se aclaran algunas situaciones conflictivas: se explicita, por ejemplo, la situación de recompensa y los aspectos del fondo de comercio y el régimen societario, se regla debidamente la división pos comunitaria.

El régimen de separación de bienes implica una absoluta independencia entre los patrimonios de ambos cónyuges, razón por la cual ninguno de ellos se aprovechará de la mejora o disminución de los bienes del otro. Se destacan el art. 454 y siguientes respecto a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Entre estas disposiciones cabe detallar la siguiente: el deber de contribución, o sea que los integrantes de la pareja deben aportar a su propio sostenimiento, el de sus hijos comunes y del hogar. Esta obligación se extiende a los hijos menores de edad o con discapacidad del otro cónyuge que convivan con ellos. Ninguno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los bienes muebles indispensables de esta, o transportarlos fuera de ella. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

La reforma obedece a la posición asumida por un importante sector de la doctrina que, a partir de la ley 23.515 —que estableció el divorcio vincular—, sostuvo que, a los fines de facilitar el matrimonio de personas que constituían una segunda unión, debía modificarse nuestro régimen de ganancialidad. Se decía que la existencia de un sistema de comunidad provocaba un alejamiento de la institución matrimonial por parte de aquellas personas que ya habían desarrollado sus vidas con patrimonios individuales, y a las cuales la ganancialidad les era ajena. Como vemos, este es un razonamiento correspondiente a sectores particulares de nuestra sociedad, dentro de los cuales no se encuentra la mayoría de nuestra

población. Sostenemos que no era necesario introducir un sistema opcional; pensamos que todavía nuestra sociedad y nuestra cultura media no están en condiciones de aceptar debidamente una institución de este tipo. La mujer en nuestro país, por distintas causas no analizables en este momento, no se encuentra en un pie de igualdad con el hombre frente a toda la problemática patrimonial. En miras a una búsqueda de igualdad, podemos encontrarnos ante efectos no queridos por la ley, tales como una opción proveniente de presiones indebidas.

Las relaciones de pareja en que se acepte, por desconocimiento, un sistema de separación de bienes puede devenir en situaciones altamente desfavorables para la mujer. Será función de los escribanos y/o funcionarios intervinientes asesorar debidamente a las partes para la elección de uno u otro régimen patrimonial matrimonial. Siendo el momento de contraer matrimonio, como ha sido estudiado anteriormente, un momento en el que prevalecen las emociones ante las inquietudes económicas o patrimoniales, es de suponer que la mayoría de los contrayentes no optarán y, en consecuencia, se aplicará nuestro antiguo régimen de comunidad de gananciales.

#### 4.4.3. Uniones convivenciales

##### Título III, "Uniones convivenciales", arts. 509 a 528

Las denominadas uniones de hecho, actualmente tienen una protección sumamente débil. Si bien sus caracteres sociales en la mayoría de las ocasiones son similares a las de la familia matrimonial, los derechos que relacionan a sus integrantes son totalmente diferentes. Podemos decir, siguiendo a Díez-Picazo, que las uniones de hecho en Argentina se encuentran en el mundo del no derecho. Esto ha suscitado situaciones de gran injusticia, en particular a las mujeres que luego de convivencias, en ocasiones de décadas, frente a la muerte de su compañero o separación, se encuentran en situaciones disvaliosas y solamente pueden aspirar a una pensión, o en los casos de accidentes laborales, a una indemnización por muerte del trabajador.

Hemos bregado durante años por el reconocimiento de derechos a los integrantes de las uniones denominadas "concubinarias". La doctrina no ha sido unánime al respecto, muchos consideran que al existir el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias, la opción de no formalizar una unión debe ser respetada. La reflexión que corresponde hacer es

que si la mujer es quien suele ser víctima de las situaciones mencionadas precedentemente, su autonomía y libertad es relativa frente a la oposición de no legalizar la unión a través del matrimonio de la otra parte. Cabe recordar lo que se sostiene en los fundamentos del Proyecto: que las bases de las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) se fundan en aceptar el respeto por el art. 16 CN, siendo posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

Ante la posibilidad de ingresar estas uniones al mundo del derecho, resultó fundamental encontrar una fórmula denominativa para esta institución, que tenga su base en la perspectiva de derechos humanos en el marco de la dignidad, igualdad y, en especial, la solidaridad. La terminología es variadísima en el derecho comparado, pero el Código adopta la terminología de "unión convivencial", ya que esta misma se integra de elementos más humanos que la denominación 'concubinato' o 'unión de hecho' no poseen.

Estimamos adecuado el ánimo elegido por el Código para legislar este instituto ya que adopta una posición intermedia entre la negación total de efectos y los efectos del matrimonio. En su art. 509 sostiene que la unión convivencial es aquella basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean o no del mismo sexo. De los requisitos que se imponen a quienes no desean contraer matrimonio, para garantizar la estabilidad referida en el art. 510, se exige la acreditación de un mínimo de dos años de convivencia; y, en especial, nos interesa destacar el inciso d) del art. 510 que requiere que los integrantes de estas uniones no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea, restringiendo así este instituto a una cantidad de personas que configuran nuevas uniones, muchas veces sin saber cada una de ellas el real estado civil del otro. En general, las víctimas son mujeres y en especial de grupos sociales desvalidos, que no tienen medios posibles como para conocer la real situación de su pareja. La virtud del articulado propuesto es que tiene una elasticidad suficiente que puede amparar a quienes así lo desean, pero también a través de los pactos de convivencia regula una independencia total. Esta independencia encuentra como límite que los pactos de convivencia referidos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar derechos fundamentales de sus integrantes.

Se establece la registraci3n de la existencia de la uni3n convivencial, su extinci3n y los convenios que se hubieren celebrado. Esta inscripci3n tiene efectos solo probatorios o para ser oponibles a terceros, en cuanto se encuentren involucrados derechos de estos. Durante la convivencia, las relaciones econ3micas se registrar3n por lo que se estipula en el pacto de convivencia, pero no se pueden resignar los derechos emergentes de los arts. 519 a 522, o sea: asistencia, contribuci3n a gastos dom3sticos del hogar, responsabilidad solidaria por determinados gastos a favor del hogar. Tambi3n es irrenunciable la protecci3n de la vivienda familiar: si la uni3n convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede disponer sobre los derechos de la vivienda familiar, ni los muebles de esta, sin el asentimiento del otro. Asimismo, la vivienda familiar no puede ser ejecutable por deudas contra3das despu3s de la inscripci3n de la uni3n convivencial, excepto que hayan sido contra3das por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

En relaci3n al cese de la uni3n convivencial, debemos se1alar: muerte de uno de los convivientes, sentencia firme con presunci3n de fallecimiento, matrimonio o nueva uni3n convivencial de uno de los miembros de la pareja o de ambos, o por voluntad de ambos o unilateral de uno de ellos, notificada en forma fehaciente.

El C3digo ha buscado mitigar los efectos del cese de la convivencia estableciendo una compensaci3n econ3mica para quien la ruptura causa un empeoramiento de su situaci3n econ3mica. La compensaci3n econ3mica, si no hay acuerdo entre partes, debe ser fijada judicialmente y deben tenerse en cuenta las siguientes pautas: a) el estado patrimonial de cada conviviente al inicio y fin de la uni3n; b) la dedicaci3n de cada uno a la crianza y educaci3n de los hijos durante y luego de la convivencia, c) edad y estado de salud de convivientes e hijos, d) capacidad laboral, e) cooperaci3n prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro; y f) atribuci3n de la vivienda familiar.

El reclamo de la compensaci3n econ3mica caduca a los seis (6) meses de haberse producido el cese de la convivencia. El art. 526 dispone que para la atribuci3n de la vivienda familiar debe tenerse en cuenta si quien la solicita tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores y si acredita la necesidad de una vivienda e imposibilidad de procur3rsela de forma inmediata.

El plazo por el que se atribuye la vivienda no debe superar el m3ximo de dos (2) a1os, ni ser mayor al que haya durado la convivencia.

En el caso de muerte, se otorga en forma gratuita la utilización del hogar familiar por el plazo máximo de dos (2) años al conviviente supérstite que no cuente con vivienda propia o bienes suficientes que aseguren el acceso a esta; se aprecia aquí el debido y respeto y solidaridad a los integrantes de estas uniones.

El art. 528 establece que, a falta 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.

En el título de uniones convivenciales aparece claramente una protección a la mujer que, en nuestra sociedad, no está en paridad de condiciones con el hombre. Esta situación es la misma que encontramos cuando se legislan los alimentos debidos por los cónyuges durante el matrimonio y separación de hecho, así como cuando se contemplan las prestaciones compensatorias en el divorcio. Muchos de los elementos que deben tenerse en cuenta para su determinación fueron objeto de reclamo por parte de los sectores femeninos que veían desconocidos una cantidad de esfuerzos durante el matrimonio y/o uniones de hecho. Es por ello que consideramos que se cumple con los principios de igualdad y no discriminación que se encuentran presentes en los tratados de derecho humanos y que el Estado debe garantizar a toda su población.

## 4.5 | La filiación

**Libro Segundo "Relaciones de Familia", Título V "Filiación", arts. 558 a 593**

### 4.5.1. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida

Hasta hace algunas décadas, al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados. Se decía que "el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado".<sup>(33)</sup>

---

(33) MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL. H., *Derecho de familia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, t. III, p. 9.

Era el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Se identifica, en general, filiación con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación. Con la aparición de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (en adelante, TRHA), las definiciones precedentes aparecen totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como “padre” y “madre” en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro.<sup>(34)</sup> La definición precedente es la que resulta más exacta o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidas en las últimas décadas.

La división que estos avances supusieron entre procreación y sexualidad, por un lado, y por otro, el que la criopreservación de óvulos y espermatozoides significó, condujeron a la posibilidad de distintos tipos de paternidades y maternidades. Es así que hoy encontramos que puede haber un padre genético donante de espermatozoides, y un padre social que es quien asume como hijo a un niño, aunque no tenga un vínculo biológico natural con él. En la misma línea, aparece la identificación que puede hacerse de distintas figuras maternas: madre genética, madre gestante y madre social.

El Código Civil vigente, en el art. 240, establece que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extra matrimonial, de ambas surgen los mismos efectos. No se refiere a los nacidos por TRHA.

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA; han nacido miles de niños en estos años a través de las mismas.

Dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna auspiciosa la posición asumida por el nuevo Código, reconociendo los mismos derechos a todos los niños, cualquiera sea el origen de su filiación.

La falencia señalada adquirió nuevas dimensiones al sancionarse la ley 26.618 de matrimonio igualitario. El art. 42 de esta ley estableció que los mismos derechos que se conceden a los matrimonios heterosexuales, corresponden

(34) MIZRAHI, MAURICIO L., *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 5.

a los matrimonios igualitarios y que de ninguna manera corresponde privar a los mismos de derecho alguno. No se menciona expresamente en el referido art. 42 los efectos derivados de la filiación en relación a esta ley, ni se modificaron las normas vigentes al efecto.

El Código en análisis asumió esta responsabilidad y haciendo efectivos principios constitucionales y los tratados internacionales —la ley 26.061, CDN y CEDAW— receptó las técnicas de reproducción asistida regulando el uso de las mismas en cuanto causa fuente de filiación, al decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza y mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción (art. 558).

En miras a la señalada igualdad, se establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellas no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por TRHA o ha sido adoptada (art. 559 CCyC).

Los ejes centrales que se tuvieron en cuenta al legislar esta institución son: los principios de igualdad, derecho a la identidad, celeridad e inmediata inscripción, de acuerdo a lo que ordenan los arts. 7° y 8° CDN y la ley 26.061. Y, sustancialmente, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, así como el derecho a gozar de la familia.

Resulta necesario, entonces, retomar el concepto de autonomía que analizamos brevemente en el apartado III, e introducirlo en la temática de la filiación en lo que se conoce como **autonomía de la voluntad procreacional/parental**. Uno de los grandes desafíos del Código en estudio ha sido el de legislar sobre la filiación y los distintos métodos de reproducción humana asistida existentes, que no son pocos. El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad, como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre. La voluntad parental no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo. Ello puede suceder de múltiples maneras, ya sea desde la utilización de métodos anticonceptivos,

hasta las intervenciones quirúrgicas para la anticoncepción, o el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en el caso de no querer tener un hijo. Y para el caso de sí quererlo: la práctica de relaciones sexuales, y las distintas formas que la ciencia médica pone al alcance de los particulares para concebir y tener un hijo, y la adopción.

En este capítulo se incorpora la voluntad procreacional como fuente de la filiación. En el art. 562 se señala que los hijos nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

A través de esta norma se le otorga una imprescindible seguridad jurídica a las filiaciones en que se han utilizado TRHA, dotando a la voluntad de ser padres o madres de una fuerza tal que desplaza completamente al material genético, culminando en que este no es determinante, ni causa fundante del vínculo filial, convirtiéndose nada más que en un medio para determinar la maternidad o paternidad de terceros.

Cabe aclarar que el Código en análisis no regula, como es lógico, las TRHA, solamente se limita a incluir dentro del instituto de la filiación la que deviene del uso de estas prácticas.

#### **4.5.2. Anonimato del donante**

Otro tema de suma importancia es el del anonimato del donante. En relación a esta temática, el Código, en el art. 563, legisla sobre el derecho a la información en las TRHA y establece que cuando se hayan utilizado gametos de un tercero, esta información debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. La persona nacida a través de estas técnicas puede solicitar que se le revelen: la identidad del donante por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por medio de un procedimiento breve; y también puede requerirse, a través de un procedimiento administrativo, que el centro de salud interviniente provea información relativa a datos médicos del donante cuando haya riesgo sobre la salud de la nacido (art. 564 CCyC). La creación de los bancos de semen y su utilización suscitaban, de inmediato, una de las inquietudes más grandes en la materia: el anonimato o no del donante. Los

bancos de semen asumieron una posición restrictiva en cuanto a la información. Se han esbozado diversos principios que diferencian los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra "padre" de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de "progenitor" para quien agota su quehacer en el hecho de la entrega del semen. No conoce a quién se va a inseminar, ni si efectivamente se producirá la misma. El "padre" prolonga su función con el cumplimiento de los deberes que se le imponen y el goce de los derechos que se le reconocen.

"La dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure proprio*, en ese momento, sino que es un acto que *per se* es solo idóneo para la generación, pero no la provoca".<sup>(35)</sup> Es decir, no provoca en sí mismo una concepción, sino que se necesita una instrumentalización humana en el curso del proceso generativo, de modo y manera que un tercero sea quien decida la finalidad procreativa o no.

El absoluto anonimato del donante encuentra sus límites en la necesidad de preservar datos que pueden ser imprescindibles para resolver problemas de salud del nacido. Se ha dicho, entonces, que es un derecho inalienable y fundamental de la persona conocer su origen biológico y poder investigar esta relación genética. ¿Es coherente este acceso a la información con la preservación del anonimato del donante? Se sostiene que permitirle al hijo conocer la identidad genética, sin reclamar determinaciones legales del progenitor, respeta los derechos de la persona nacida por estas técnicas con gametos de terceros ajenos a sus padres, pero contraviene los argumentos a favor del anonimato del donante.

Esta postura es compartida por Roca que sostiene que "la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad (...) Y que ello nunca debe provocar relaciones de parentesco-filiares establecidas con los sistema que la ley disponga".<sup>(36)</sup>

Los argumentos a favor del anonimato encuentran su eje en la garantía de protección de la información por el secreto profesional debido. Se considera

(35) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 53.

(36) ROCA TRIAS, E., *La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccionales*, Madrid, Trivium, 1988, p. 43.

que el donante carece de vocación procreacional, y debe respetarse esta vocación. También se ha dicho que el conocimiento del donante puede llevar a resultados negativos respecto del interés superior del niño.

En el derecho comparado se advierten diferentes posiciones. Francia niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante. También se legisla de la misma forma en Italia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. En otros países que comenzaron sosteniendo el anonimato modificaron su posición, algunos de ellos, como Austria, Suecia y Suiza, permiten al nacido en estas circunstancias en su mayoría de edad, obtener los datos del donante. Igual posición se sostiene en el Reino Unido, a partir del año 2005.

En el Código en análisis, el art. 564 adopta una posición intermedia, o sea, de anonimato relativo. Como se explicara *ut supra*, se estableció un procedimiento judicial y otro administrativo, lo que permite compatibilizar el derecho a la identidad con las características del nacimiento por estas técnicas de reproducción asistida.

#### 4.5.3. Inscripción y reconocimiento (Título V, Capítulos 1 a 7)

En relación a los derechos y deberes emergentes de la filiación, cualquiera sea la naturaleza de la misma, el Código nuevo también ha introducido modificaciones que consideramos de real importancia, recogiendo en este capítulo los principios de igualdad y no discriminación.

En el Capítulo 5 del Título V correspondiente a filiación, sobre "Determinación de la filiación extramatrimonial", se exige, en el art. 572, la notificación del reconocimiento que realice un/a tercero/a al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y el deber de notificar el reconocimiento a la madre y al hijo a su representante legal.

Por su parte, el art. 566 del Capítulo 4, también del Título V sobre la determinación de la filiación matrimonial, recoge la presunción de que los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta 300 días después de la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte, son hijos del o la cónyuge.

Como surge del artículo comentado, esa presunción rige tanto para los matrimonios heterosexuales como para los homosexuales. No se acepta la misma en los supuestos de TRHA si él o la cónyuge no hubiera presta-

do el consentimiento previo, informado y libre, según lo dispuesto en el Capítulo 2 antes comentado (arts. 560 a 564).

Se ha considerado que la presunción contiene elementos no solo de carácter biológico, sino también culturales y sociales; y es de gran importancia para los derechos de los niños nacidos y su rápida inscripción registral, cualquiera sea el tipo de filiación.

En el Capítulo 7 del mismo Título, en relación al derecho a la identidad, sostiene —al igual que la legislación actual—, en los casos en los que esté determinada solo la maternidad, que el Registro Civil debe comunicar la situación al Ministerio Público, el que deberá procurar la identidad de la paternidad y posterior reconocimiento del hijo, instando a la madre a suministrar los datos pertinentes. Antes de la remisión al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro debe citar a la madre e informarla de los derechos del niño (art. 583).

En cuanto al valor que tiene la posesión de estado, el nuevo ordenamiento la asimila al reconocimiento si se encuentra debidamente acreditada (art. 584).

En relación a la acción de reclamación de registración, el Código en estudio mantiene el proceso existente en la legislación vigente, incorporándose la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento (art. 587).

En las acciones de filiación se mantiene la admisión de toda clase de pruebas, como las genéticas, que pueden ser pedidas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, la misma se puede realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizándose a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valorará la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente (art. 579).

#### **4.5.4. Acciones de impugnación de filiación**

**(Título V, Capítulo 8 “Acciones de impugnación de filiación”, arts. 589 a 593)**

La posibilidad de impugnar la filiación matrimonial hasta el presente es sumamente restringida. En mérito a la mal denominada paz familiar, se ha limitado la misma al presunto padre en determinadas circunstancias y se le ha reconocido al hijo/a en todo momento. Ello ha llevado a diversos

planteos de inconstitucionalidad. En el caso "Páez Vilaró"<sup>(37)</sup> que llegó a nuestra Corte Suprema, se planteó la inconstitucionalidad del actual art. 259 en tanto excluye a la madre entre los legitimados activos para deducir la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

En el nuevo Código, Título V, Capítulo 8 sobre "Acciones de impugnación de filiación", art. 590, se dispone que:

La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por este o esta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

Por su parte, el art. 591 establece que:

El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. Si se prueba que él o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

(37) CSJN, "D. de P. V., A. v. O., C.H.", 01/11/1999, en JA 1999-III-síntesis.

Debe destacarse, entonces, la amplitud con que se trata la legitimación, en especial para impugnar la paternidad y maternidad matrimonial. Se otorga la posibilidad a toda persona con interés legítimo de interponer la acción, modificando el plazo desde que comienza a correr la caducidad; este correrá desde que el presunto padre supo o pudo saber que no lo era. El principio de igualdad adquiere plena vigencia otorgándole a la madre la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial.

## 4.6 | Análisis de la responsabilidad parental

**Libro Segundo “Relaciones de Familia”,**

**Título VII “Responsabilidad parental”, arts. 638 a 704**

El nuevo Código introduce grandes modificaciones en este tema. Se consideró imprescindible reemplazar la expresión “patria potestad” por ser contraria totalmente a la esencia de una familia democrática. La denominada “patria potestad” ha sido pensada en un modelo de familia piramidal donde el niño es un sujeto sometido al poder de sus padres, siendo su opinión despreciada. Se modifica totalmente el concepto y se asume el de responsabilidad parental que traduce la esencia de función y acompañamiento que significa para este Código la relación de padres e hijos.

Distintas legislaciones han asumido esta denominación: en Inglaterra, la Children Act de 1989, modificada en 2004; también el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia. En especial, cabe recordar que el art. 34 de la ley 114 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA, y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Infancia de la Nación receptan, respectivamente, la expresión “responsabilidad de los padres”, y esta última ley, en su art. 7°, utiliza la expresión “responsabilidad familiar”.

El Código en estudio, en su art. 638, nos brinda el concepto “responsabilidad parental” como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. A continuación, en el art. 639, enumera los principios generales que ordenan la responsabilidad parental, ellos son: a) el interés superior del niño, b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y la regla de

que 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.

Estos principios deben permearse en todo el articulado referido a la materia, en todos los casos en los que se encuentren afectados intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Cuando se trata del interés superior del niño, deberá recordarse que este no es un concepto del etér, ni un espacio vacío, cuyo contenido puede completarse con cualquier subjetividad. Cuando hablamos del interés superior del niño debemos tener presente la doctrina y las legislaciones que concretizan este concepto, tales como la ley 114 de la CABA y art. 3° de la ley 26.061, para lograr el pleno goce y efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes:

Es posible señalar que la disposición del art. 3° de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e incluso, a instituciones privadas a estimar "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.<sup>(38)</sup>

El inc. b) del mismo art. 3° CDN se refiere a la autonomía progresiva, que se describe como la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores de los derechos de los hijos, coherentemente con lo establecido en los arts. 5° y 18 CDN que nos dicen que el ejercicio de la responsabilidad parental debe tener en cuenta, en relación a los hijos, la evolución de sus facultades, dirección

(38) CILLIERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de CDN", en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 78.

y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que se le reconoce; y pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad, educado en el espíritu proclamado en la Carta de las Naciones Unidas, conforme se cita en el preámbulo de la CDN.

El derecho del niño a ser oído debe interpretarse, desarrollarse y articularse con el derecho a la participación. Es el derecho del niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma desde la esfera intelectual y moral, o sea, en todo su desarrollo. El derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN) contiene un principio de reciprocidad: al derecho a expresarse le corresponde el deber de los adultos a escuchar. Este deber no puede ni debe limitarse al solo otorgamiento de la palabra al niño. Se requiere una actuación activa entre adultos e infantes, lo que supone participación de ambos. Se ha dicho que "solo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el art. 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero este es también el camino hacia el futuro de la democracia".<sup>(39)</sup>

Estos principios adquieren fuerza y presencia en el Código unificado, por ejemplo en el art. 645, en relación a los actos que requieren consentimiento de ambos progenitores; es necesario, también, el consentimiento expreso del hijo adolescente. En el Capítulo 3 del mismo Título, el art. 646, entre los deberes y derechos de los progenitores, establece como deber considerar las necesidades específicas del hijo, según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativos. En el inc. c) se establece el deber de respetar los derechos del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; orientar y dirigir al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo.

Surge con toda claridad que la norma adopta el respeto a la personalidad e individualidad del hijo. Esta actitud de consideración a la capacidades

.....

(39) BARATTA, ALESSANDRO, "Infancia y Democracia" en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, op. cit., p. 54.

especiales y a la personalidad del hijo y el respeto de las mismas han sido receptadas en diversas legislaciones. Cabe señalar que la interacción y la participación de los integrantes del grupo familiar aparecen como una característica de esta organización de la representación parental en el derecho comparado (Código Civil español, art. 145; Código austríaco, art. 146; Conclusiones del Consejo de Europa 1977; Código Civil portugués, art. 1885).

#### 4.6.1. Cuidados personales

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 4

"Derechos y deberes sobre el cuidado de los hijos", arts. 648 a 657)

Otro cambio fundamental desde el contenido y el lenguaje es la sustitución de la palabra "tenencia" que, como se sabe, se refiere a la posesión actual y corporal de una cosa. No puede negarse que el carácter derivado de este último término lleva implícito una suerte de cosificación de uno de los extremos de la relación paterno-filial.

Se trata de una denominación completamente ajena a la consideración de los niños como sujetos de derecho. Se reemplaza por los términos "cuidado personal" del hijo. En el derecho comparado se han utilizado denominaciones similares, tales como residencia habitual del hijo, convivencia, etc. El art. 648 del nuevo plexo se refiere a ello denominando "cuidado personal" a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo; estos cuidados pueden ser asumidos por un progenitor o por ambos (art. 649).

Se privilegia el cuidado personal compartido, que puede ser alternado o indistinto. En el caso del cuidado compartido indistinto, el hijo reside de manera principal con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen, de forma equitativa, las labores atinentes a su cuidado (art. 650).

La ley 23.264 vigente nos señala que cuando no hay convivencia de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a quien vive con el niño/niña; esto puede crear una eyección de la figura del padre no conviviente. Se contraría así la igualdad de derechos y obligaciones para ambos progenitores que surge de la CDN. La experiencia de otros países que han adoptado el ejercicio conjunto de la responsabilidad

parental, aun después de la separación o divorcio, nos ha mostrado que la figura es positiva para un mejor ejercicio de la misma y un desarrollo del grupo familiar con mayor participación de todos sus miembros. Ello porque se propicia un actuar conjunto y solidario de los padres. Entre los países que han adoptado esta modalidad pueden citarse: España, Inglaterra Italia, Francia. El TEDH destacó que “el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituya una violación del derecho protegido por el art. 8º del Convenio”.<sup>(40)</sup>

**4.6.2. Ejercicio de la responsabilidad parental por parte de padres adolescentes (Título VII “Responsabilidad Parental”, Capítulo 2 “Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental”, art. 644)**

Una de las innovaciones fundamentales a destacar la encontramos en el Capítulo 2 del mismo Título, y se trata de la responsabilidad parental de los padres adolescentes, quienes hasta ahora y en la actualidad no detentan el ejercicio de la hoy denominada patria potestad si no están casados. Esta situación ha causado graves perjuicios, como es habitual a los sectores más excluidos de nuestra población.

El art. 644 del cuerpo legal en estudio elimina el requisito discriminatorio de la existencia del matrimonio y establece que los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, señalando que aquellos que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente pueden oponerse cuando los actos de este sean perjudiciales para el niño, como así también puede intervenir si se omite realizar las acciones para preservar su desarrollo. También se destaca que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

.....

(40) TEDH, *E. c. Alemania*, sentencia de 13/07/2000.

#### 4.6.3. La prohibición de los malos tratos

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 3

"Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales", art. 647)

La prohibición de malos tratos es una reforma reclamada por distintos sectores de la sociedad ya que la redacción actual del Código Civil vigente (art. 278) establece que: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir las conductas de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores". Como podemos observar, la redacción es confusa y las palabras "corrección" y "moderadamente" que se utilizan pueden dar lugar a equívocos en cuanto a su interpretación. Creemos que se pueden llegar a legitimar, así, acciones de violencia contra los niños, es por ello que amerita un pronunciamiento estricto contra la prohibición de malos tratos. Por esta razón, en el Código en análisis el art. 647 establece la prohibición de malos tratos, prohibiéndose expresamente el castigo corporal o cualquier hecho que menoscabe física o psíquicamente a niños y adolescentes; se agrega que los progenitores pueden solicitar la asistencia de los organismos del Estado. Como vemos, esta norma promueve/garantiza el respeto al derecho a la vida y a la integridad psicofísica de niñas, niños y adolescentes. En el derecho comparado esta prohibición tiene cada vez mayor desarrollo.

#### 4.6.4. Familia Ensamblada

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 7 "Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines", arts. 672 a 676)

Un tema novedoso es la legislación sobre derechos y deberes de los progenitores e hijos afines. El art. 672 denomina "progenitor afín" al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño y/o adolescente. Ante todo, debemos señalar que en este capítulo se reconoce a una de las nuevas formas de familia, la que se denomina "familia ensamblada". Sin que ello vaya en desmedro de la responsabilidad parental, se establece un deber de cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro cónyuge, realizando los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptando decisiones ante situaciones de urgencia.

Se concede al progenitor conviviente el poder delegar a su cónyuge el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir con sus funciones por viaje, enfermedad o incapacidad transitoria; siempre y cuando exista imposibilidad para su desempeño por

parte del otro progenitor. Esta delegación requiere homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. A nuestro parecer, hubiera sido deseable incluir en el artículo analizado la participación del niño, niña y adolescente en esta toma de decisión, de acuerdo a su grado de madurez.

En este mismo capítulo, en el art. 676 se establece la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro con carácter subsidiario, la que cesa con la disolución del vínculo o ruptura de la convivencia. Ello salvo que el cambio de situación ocasione un grave daño al niño, entonces puede fijarse una cuota asistencial de carácter transitorio al cónyuge que asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro.

Como antes comentamos, si bien no está expresamente estipulado, consideramos que el niño y/o adolescente debe ser oído en el supuesto de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y en otros casos en que se le otorguen facultades al padre afín.

#### 4.6.5. Obligación de alimentos

(Título VII "Responsabilidad Parental", Capítulo 5 "Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos", arts. 658 a 670)

Entre los deberes y derechos de los progenitores se cuenta la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos. Ello corresponde a ambos, aunque conviva solo con uno de sus progenitores. El Código, en esta materia, innova en varios puntos. Uno de ellos ha sido objeto de una larga lucha por la vigencia de una legislación que se encuentre impregnada de los principios de igualdad y no discriminación, que ha tenido por objeto reconocer valor económico a las tareas cotidianas a cargo del progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo, las que se consideran como un aporte a la manutención de los hijos (art. 660). En la mayoría de los casos eran o son las madres quienes conviven con sus hijos menores de edad y ven menguada su capacidad de ingresos económicos por el tiempo que deben dedicar al cuidado de sus hijos.

Se establece la obligación de prestar alimentos hasta los 21 años de edad, salvo que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. También habilita a la administración directa por el hijo de una porción de la cuota alimentaria destinada a cubrir gastos personales como vestimenta, esparcimiento, etc.

La norma pone fin a un debate jurisprudencial y doctrinario en cuanto a quién tiene capacidad y/o legitimación para iniciar y/o proseguir el juicio promovido durante la minoría de edad del hijo (arts. 661 y 662).

En los términos de la CDN y de la ley 26.061, así como del propio articulado del nuevo cuerpo normativo, encontramos que una de las obligaciones fundamentales de los progenitores y de los derechos de los hijos se refiere a la educación. Así lo señalan especialmente los arts. 27 y 29 CDN. Naturalmente, en las parejas convivientes cuando los jóvenes continúan con los estudios y aprendizaje, los padres contribuyen a su manutención, sin prestar atención a si el hijo ha cumplido o no la mayoría de edad. Contrariamente, cuando se produce una separación y cesa esta convivencia entre los progenitores, esta situación cambia. Es frecuente el pedido de cese de la obligación alimentaria, sin tener en cuenta las necesidades reales del hijo. Esta situación supone que las dificultades de la relación de pareja se han proyectado indebidamente sobre las relaciones parentales, con lo cual aparecería que no es la mayoría de edad lo que determina el cese de la obligación de la cuota alimentaria, sino la ruptura de la relación parental.

Se ha considerado, entonces, necesario regular el supuesto de alimentos para los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios. La jurisprudencia y la doctrina ya han receptado esta obligación, si bien en algunas ocasiones puntuales en América Latina, países como Nicaragua, San Salvador, Costa Rica lo admiten con un tope, como también lo establece el Código en análisis; por el contrario, en Europa, países como Francia o Suiza tienen otros requisitos. El Proyecto fija la edad de 25 años como límite para poder seguir percibiendo alimentos, siempre y cuando se prosigan estudios o preparación profesional de un arte u oficio que le impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. Al igual que los alimentos, para el hijo entre los 18 y 21 años se encuentran legitimados para solicitarlos, tanto el interesado directo como él o la progenitora conviviente.

## 5 | Conclusión

Se ha intentado dar una visión de las instituciones cuya reforma nos parecen más trascendentes. Consideramos que el Código analizado, en materia de derecho de las familias, cumple acabadamente con los principios enunciados en los fundamentos con que se presentó el Proyecto.

La incorporación al mundo del derecho, y por ende la salida del no derecho de los distintos tipos de familias (ensambladas, hetero u homoparentales, matrimoniales, convivenciales, etc.), supone la recepción del multiculturalismo, así como el pleno reconocimiento a las distintas identidades sexuales.

La consideración del menor como sujeto de derechos en los términos de la CDN, se encuentra presente en todo el articulado referido a responsabilidad parental, filiación y adopción. Por su parte, la equiparación de roles y el reconocimiento de las tareas del hogar y crianza de los hijos, entre otros progresos, cumplen los mandatos de la CEDAW. El reconocimiento de las uniones convivenciales también significa un gran avance en el dotar de derechos y obligaciones a quienes no contraen matrimonio, pero se unen en un proyecto de vida en común. La manda constitucional se encuentra cumplida con la sanción del nuevo Código, en la materia que nos ocupa.

Se busca dotar a quienes conforman un grupo familiar de los mejores institutos y derechos, así como de obligaciones que organicen y les faciliten un vivir armónico, pleno de respeto de los derechos del otro.

La inclusión social que significa la incorporación, a la esfera de lo jurídico, de personas que hasta ahora no gozaban de igualdad de derechos o no contaban con las debidas regulaciones, es un paso más hacia la igualdad real y la dignidad de todas las personas.

A modo de cierre, sostenemos que el Código sancionado, respecto de las instituciones brevemente analizadas en este trabajo, representa un verdadero avance en la historia de nuestro derecho de fondo, en tanto, como ha sido sostenido, incorpora expresamente la doctrina de universalización de los derechos humanos. El nuevo plexo normativo aprehende los nuevos paradigmas de las relaciones familiares, dotando a todos los ciudadanos de derechos civiles que se ven impregnados de la doctrina de derechos humanos, con sus principios fundantes de libertad, igualdad, no discriminación y autonomía.

El gran objetivo de los Estados es, o debería ser, garantizar derechos a todos sus habitantes, no restringirlos. Las legislaciones deben reconocer y garantizar la mayor cantidad de derechos, respetando estos

principios universales de igualdad, libertad, no discriminación y solidaridad. Deben asegurar la felicidad del pueblo al que rigen, en tanto la felicidad también es un derecho. Se ha dicho que la libertad es un impulso que no garantiza la felicidad humana, pero asegura la condición de un mundo en el que a nadie se le estafe la oportunidad y la ocasión de ser feliz.

Como antes explicamos, el principio de autonomía necesita de la libertad para existir, porque sin libertad la igualdad es una caricatura y la vida no tiene sentido. El límite a nuestra libertad, entonces, lo marcará el principio de no dañar a otro. Pero, por sobre todo, debemos desarrollar el principio de solidaridad, porque este es el mejor componente de la condición humana. La solidaridad nos hace asumir a los otros como semejantes y a todos como nosotros mismos.

---