

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

Director de la Sección: Eduardo A. Sambrizzi

Estudios de Derecho Civil Año 2018

Jorge Osvaldo Azpiri - Úrsula C. Basset - Julio C. Capparelli
Siro A. De Martini - Jorge A. M. Mazzinghi - Juan G. Navarro Floria
Analía G. Pastore - Osvaldo F. Pitrau - Eduardo A. Sambrizzi

Noviembre de 2018

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiadederecho.org

Se terminó de imprimir en el mes de mayo de 2019.

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 -7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 56.

SERIE II – OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
6. *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Rfo.

7. *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
11. *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
13. *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
17. *Primeros Académicos de Derecho – 1925*.
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
19. *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
20. *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21. *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
25. *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
26. *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
29. *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30. *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
31. *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
33. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
34. *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
35. *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*. XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios sobre Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. *Estudios sobre daño moral.*
6. *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
7. *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
8. *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
9. *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
10. *Los vicios de la voluntad.*
11. *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

12. *Capacidad civil de las personas.*
13. *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
14. *Sociedad Conyugal.*
15. *Teoría y práctica de los contratos.*
16. *Código Civil y Comercial.*
17. *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1. *Estudios de Derecho Civil.*
2. *Estudios de Derecho Civil Año 2018.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*

- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal - Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho.
Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Vicepresidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Secretarios

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

Tesorero

Académico Dr. Daniel Funes de Rioja

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Director de Publicaciones

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos

13 septiembre 2018

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015

		<i>Fecha</i>
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Manuel María Diez
Dr. Jorge H. Alterini	Dr. Luis M. Drago
Dr. Juan Álvarez	Dr. Mariano J. Drago
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Wenceslao Escalante
Dra. Margarita Argúas	Dr. Felipe A. Espil
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Horacio P. Fargosi
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Juan Agustín García
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Juan M. Garro
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Roberto Guyer
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Francisco Canale	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. José O. Casás	Dr. Hilario Largaía
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Ricardo Levene
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Mario Justo López
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Osvaldo Magnasco

Dr. Carlos C. Malagarriga
 Dr. Miguel S. Marienhoff
 Dr. Félix Martín y Herrera
 Dr. Roberto Martínez Ruiz
 Dr. Agustín N. Matienzo
 Dr. José N. Matienzo
 Dr. Jorge M. Mayer
 Dr. Carlos L. Melo
 Dr. Leopoldo Melo
 Dr. Manuel A. Montes de Oca
 Dr. Augusto Mario Morello
 Dr. Rodolfo Moreno (h)
 Dr. Carlos M. Muñiz
 Dr. José Luis Murature
 Dr. Rómulo S. Naón
 Dr. Benito A. Nazar Anchorena
 Dr. Luis Esteban Negri Pisano
 Dr. Manuel Obarrio
 Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
 Dr. Francisco J. Oliver
 Dr. Julio H. G. Olivera
 Dr. Manuel V. Ordóñez
 Dr. Alfredo Orgaz
 Dr. Adolfo Orma
 Dr. Julio César Otaegui
 Dr. Alberto G. Padilla
 Dr. Lino E. Palacio
 Dr. Jesús H. Paz
 Dr. José M. Paz Anchorena
 Dr. Federico Pinedo
 Dr. Norberto Piñero
 Dr. Ángel S. Pizarro
 Dr. Luis Podestá Costa
 Dr. Ernesto Quesada
 Dr. Juan P. Ramos
 Dr. Enrique Ramos Mejía
 Dr. Francisco Ramos Mejía
 Dr. José D. Ray
 Dr. Juan Carlos Rébora
 Dr. Roberto Repetto
 Dr. Manuel Río

Dr. Marco Aurelio Risolía
 Dr. Horacio C. Rivarola
 Dr. Rodolfo Rivarola
 Dr. Alberto Rodríguez Galán
 Dr. Ambrosio Romero Carranza
 Dr. José M. Rosa
 Dr. José María Ruda
 Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
 Dr. Alejandro Ruzo
 Dr. Diego L. Saavedra
 Dr. Carlos Saavedra Lamas
 Dr. Antonio Sagarna
 Dr. Raymundo M. Salvat
 Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
 Dr. José Manuel Saravia
 Dr. Juan Silva Riestra
 Dr. Sebastián Soler
 Dr. Juan B. Terán
 Dr. José A. Terry
 Dr. David de Tezanos Pinto
 Dr. Gastón Federico Tobal
 Dr. Félix A. Trigo Represas
 Dr. Ernesto J. Ure
 Dr. Enrique Uriburu
 Dr. Antonio Vázquez Vialard
 Dr. Benjamín Victorica
 Dr. Federico N. Videla Escalada
 Dr. Ernesto Weigel Muñoz
 Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
 Dr. Mauricio Yadarola
 Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
 Dr. Clodomiro Zavalía
 Dr. Estanislao S. Zeballos

Índice

El cese de la unión convivencial y la compensación económica <i>Por Jorge O. Azpiri</i>	21
Desajuste evolutivo del derecho de familia y de las personas con relación al derecho civil <i>Por Úrsula C. Basset</i>	31
La protección de la familia y su proyección en el tratamiento de las uniones convivenciales <i>Por Julio C. Capparelli</i>	59
Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino <i>Por Siro M. A. De Martini</i>	87
Razonabilidad y justificación de las diferencias entre el matrimonio y la unión convivencial <i>Por Jorge A. M. Mazzinghi</i>	115
Mayoría de edad a los 16 años <i>Por Juan G. Navarro Floria</i>	151

Maternidad subrogada: análisis jurídico de una problemática actual <i>Por Analía G. Pastore</i>	175
El divorcio protectorio y los hijos <i>Por Osvaldo F. Pitrau</i>	211
La familia y el matrimonio en el Código Civil y Comercial <i>Por Eduardo A. Sambrizzi</i>	299
Influencia del derecho público en el derecho de familia <i>Por Eduardo A. Sambrizzi</i>	315

El cese de la unión convivencial y la compensación económica

por Jorge Osvaldo Azpiri

I. Introducción

Hasta ahora se han analizado en doctrina por una parte las causas que provocan el cese de la unión convivencial y por otra parte la procedencia de la compensación económica, sin que exista un estudio detallado de la vinculación entre estas circunstancias.

Por ese motivo, resulta necesario desarrollar cada una de las causas que provocan el cese de la unión convivencial y relacionarlas con la posible procedencia de la compensación económica.

De esta comparación resultará que en algunos supuestos de cese, la procedencia de la compensación es incuestionable; en otros será inadmisibles y queda además una circunstancia que origina dudas interpretativas.

A tal fin se comentarán cada una de las causas de la terminación de la unión convivencial siguiendo el criterio precedentemente ex-

puesto, sin atenerse al orden en que están enunciadas en el art. 523 del CCCN.

Es claro que para que pueda presentarse esta situación resulta imprescindible que se haya configurado una unión convivencial con los requisitos que enumera el art. 510 del CCCN porque solo en esos supuestos podría reclamarse la compensación económica.

Si una convivencia no llegara a constituir una unión convivencial queda fuera del alcance de las normas que protegen esta forma familiar, entre ellas, la compensación económica.

II. Las causas en las que procede la compensación económica

a) Por mutuo acuerdo

Este supuesto está mencionado en el inciso e) del art. 523 y responde a la voluntad bilateral de poner fin a la unión convivencial.

Esta decisión coincidente puede haberse instrumentado por escrito o surgir en forma indubitable del comportamiento que hayan adoptado ambos convivientes.

Cuando se ha documentado el acuerdo de dejar de convivir es posible que también hayan quedado convenidas las demás circunstancias que pueden derivar de ese pacto, entre ellas, si resulta procedente la compensación económica a favor de uno de ellos, fijándose en tal caso las condiciones para su cumplimiento.

También puede suceder que nada se haya expresado en el acuerdo escrito sobre los efectos de la ruptura de la unión convivencial, supuesto en el cual, nada impide que cualquiera de ellos plantee el reclamo pertinente en la medida en que se presenten las circunstancias de hecho que la hacen procedente (art. 524) y que la demanda se interponga dentro de los seis

meses de cesada la unión convivencial conforme resulta del último párrafo del art. 525.

Es posible además que el mutuo acuerdo no se haya instrumentado por escrito y que surja del comportamiento inequívoco de las partes, por lo que no hay obstáculo legal en que se plantee el reclamo de la compensación económica.

A tal fin, deberá compararse la situación en la que se encontraban las partes durante la unión convivencial y en la que se encuentran luego de la ruptura.

En tanto haya un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a la compensación.

b) Por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro

Este supuesto está previsto en el inciso f) del art. 523 y responde a la decisión de uno de los convivientes de poner fin a la unión convivencial.

Para ello deberá notificar en forma fehaciente al otro como manera de expresar esa voluntad y para fijar una fecha cierta a partir de la cual cesan los derechos que existían durante la convivencia previstos en los arts. 518 al 522 del CCCN y, al mismo tiempo, determinar el comienzo del plazo de caducidad de seis meses para poder promover la demanda de la compensación económica.

c) Por el cese de la convivencia mantenida.

Esta causa surge del inciso g) del art. 523 y se diferencia de la anterior en que no hay una manifestación expresa de la voluntad de poner fin a la unión convivencial sino que se materializa por la conducta asumida por uno de los convivientes.

Esto significa que quien pretenda demostrar el cese de la unión convivencial deberá acreditar el momento a partir del cual la vida en común finalizó y éste será el presupuesto de hecho necesario para determinar si se han extinguido los derechos emergentes de la convivencia y si ha caducado, o no, el derecho a reclamar la compensación económica.

Será, entonces, una cuestión a acreditar en forma previa o simultánea con la demanda de compensación económica.

d) Por el matrimonio de uno de los convivientes

Esta causa se encuentra prevista en el inciso c) del art. 523 e implica que a pesar de la existencia de la unión convivencial uno de los convivientes ha contraído nupcias con otra persona.

No hay duda de que en ese supuesto dicha relación cesa de pleno derecho porque la existencia de una unión convivencial no genera un impedimento matrimonial y, en consecuencia, no existe obstáculo legal derivado de la relación de hecho que obste a la celebración de las nupcias.

Debido a ello, al no ser posible la coexistencia de un matrimonio y una unión convivencial, al contraer aquél se acaba la relación de hecho.

En tales circunstancias, es posible que el conviviente que ha visto finalizada su unión por el matrimonio que ha contraído el otro, reclame la compensación económica en la medida en que se presenten las circunstancias que la hacen procedente.

Distinto es el caso del conviviente que ha celebrado las nupcias con otra persona porque no podría alegar que ese acto le ha producido un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica, porque estaría alegando su propia torpeza.

III. Las causas en las que no procede la compensación económica

e) Por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes

Esta causa ha sido calificada por la doctrina como de cumplimiento imposible.

Ello es así porque para que pueda decretarse la muerte presunta es necesario que se haya cumplido previamente con los plazos de ausencia de tres años, dos años o seis meses previstos en los arts. 85 y 86 del CCCN.

A su vez, transcurrido ese tiempo de ausencia deberá promoverse el juicio para la declaración de la muerte presunta y dentro de él será necesario citar al ausente mediante edictos a publicar una vez por mes durante seis meses conforme resulta del art. 88 del CCCN y luego dictarse sentencia.

En consecuencia, necesariamente se habrá producido antes el cese de la unión convivencial por la falta de convivencia prevista en el inciso g) del art. 523 y no podrá argumentarse que la terminación de la unión se ha debido a la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.

Por lo tanto, por esta causa específica no podrá reclamarse la compensación económica aunque sí puede resultar viable la acción por aplicación del inc. g) del art. 523 antes citado.

f) Por una nueva unión convivencial de uno de sus miembros

También este supuesto que surge del inciso c) del art. 523 se entiende que es de cumplimiento imposible.

En efecto, de acuerdo al art. 510 inc. e) del CCCN uno de los requisitos para que la unión convivencial produzca efectos jurídicos es que hayan convivido durante un período no inferior a dos años.

Recién entonces la relación de hecho podrá ser considerada una unión convivencial y surtirá los efectos jurídicos previstos.

Por lo tanto, si una persona que vive en una unión convivencial comienza a mantener una vida en común con otra persona, ocurrirá primero el cese de la unión por la falta de vida en común (inc. g) del art. 523) y no al constituirse otra unión que requiere, como se dijo, que la convivencia se haya mantenido por al menos dos años.

A la luz de lo expuesto la compensación económica no podrá reclamarse por esta causal de cese de la unión convivencial, aunque si resulta procedente fundarla en el inc. g del art. 523 del CCCN.

g) Por el matrimonio entre los convivientes

Este causa de cese que se encuentra prevista en el inciso d) del art. 523 y responde a una cuestión lógica indudable.

Si ambos miembros de la unión convivencial deciden contraer matrimonio entre sí es evidente que la relación de hecho anterior no puede subsistir por resultar incompatible con el estado conyugal.

A raíz de este nuevo emplazamiento jurídico parece improcedente el reclamo de la compensación que pudiera hacer uno de los actuales cónyuges contra el otro porque considera que su situación económica ha empeorado comparándola con su estado anterior y que ese desequilibrio se debe a que se puso fin a la unión convivencial

En tal supuesto, estaría alegando también su propia torpeza.

IV. Caso en que existen dudas acerca de la procedencia de la compensación económica

h) Por la muerte de uno de los convivientes

Este caso está contemplado en el inciso a) del art. 523 y es evidente que no podría existir una unión convivencial con un solo integrante.

La cuestión que se presenta es si en ese supuesto es posible que el conviviente superviviente reclame una compensación económica a los herederos del fallecido argumentando que su situación económica ha empeorado a raíz de la finalización de la unión convivencial.

Dentro de los argumentos a favor de su procedencia se encuentra el comienzo del art. 524 en tanto impone como presupuesto de hecho para poder reclamar la compensación económica que haya cesado la convivencia y en este sentido, la muerte es una causa incuestionable para demostrar ese hecho.

En esta interpretación cualquiera que fuere la causa del fin de la unión convivencial haría procedente el reclamo de la compensación económica y si la norma no discrimina no podría hacerlo el intérprete.

Refuerza esta argumentación el último párrafo del art. 524 que establece: "...La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido **cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523.**

Por el contrario, también se sostiene, en mi opinión con acierto, que la compensación económica no es procedente cuando la unión convivencial ha cesado por la muerte de uno de los convivientes.

Ello es así porque la compensación está prevista en el CCCN para el caso de divorcio y de nulidad de matrimonio y en am-

bos supuestos su procedencia opera en vida de ambos miembros de la pareja.

No resultaría atinado sostener que en el caso de la unión convivencial se ha pretendido ampliar su alcance al supuesto de muerte sin que resulte de una norma expresa del Código Civil y Comercial.

Por otra parte, el único derecho conferido expresamente en caso del fallecimiento de un conviviente es el derecho real de habitación gratuito por el plazo de dos años previsto en el art. 527 del CCCN y tampoco resulta lógico entender que el derecho a la compensación económica se agrega a este derecho sin que exista una mención expresa que lo contemple.

A ello cabe agregar que para la procedencia de la compensación económica es necesario que haya existido un desequilibrio manifiesto tal como lo exige el art. 524 y para determinar si éste ha existido se debe comparar la situación en la que ambos convivientes estaban durante la vida en común y en la que se encuentran luego de la ruptura.

Esto significa que hay que efectuar dos comparaciones. La primera entre la forma en que se desenvolvía la vida del conviviente peticionante durante la unión convivencial y la manera en que debería afrontar las consecuencias de la ruptura en el futuro. Igual comparación debería efectuarse respecto de la forma de vida del otro conviviente.

Ello llevará a determinar si ha existido un deterioro de ese nivel de vida con lo que podría demostrar el empeoramiento de su situación.

La segunda comparación se debe realizar analizando la manera en que ambos convivientes afrontarán el futuro luego de la ruptura de la convivencia para verificar si uno de ellos ha quedado en un marco más desfavorable con relación al otro.

Tales cotejos no son posibles de realizar respecto de una persona que ha fallecido por cuanto ha dejado de ser un sujeto de derecho.

Por lo tanto, no se pueden presentar los presupuestos de hecho que harían procedente la compensación.

Es cierto que puede un conviviente quedar en peor situación económica luego del fallecimiento del otro miembro de la pareja pero no es menos cierto que nuestro ordenamiento jurídico no contempla ni la existencia de un régimen de bienes entre los convivientes ni la vocación hereditaria a favor del supérstite.

En conclusión, entiendo que la compensación económica no será procedente cuando la causa del cese de la unión convivencial sea la muerte de uno de los convivientes porque no se encuentra contemplada en forma expresa esta posibilidad y contraría la esencia de la institución que implica la comparación de la situación en que se encuentran dos personas vivas y no una supérstite y su conviviente fallecido.

Desajuste evolutivo del derecho de familia y de las personas con relación al derecho civil

Por Úrsula C. Basset

1. La codificación argentina en escorzo

Casi culminando el año 2018, y pasados los tres años de vigencia del Código Civil y Comercial, parece ocasión propicia para colocar el nuevo derecho en escorzo y apreciar la perspectiva. A quienes tuvimos el privilegio de participar en el proceso de redacción aún nos queda el desconcierto de quién trabaja en una pequeña pieza del ensamblaje de una obra y luego ve la obra terminada y aprecia la parte en relación con las demás que forman el todo.

El Código Civil y Comercial se redactó en 33 subcomisiones, y esas 33 subcomisiones no interactuaron entre sí. El ensamblaje fue una tarea maestra, realizada por juristas eximios, sin embargo, con poco margen de tiempo.

El juego de proporciones, coherencias y armonías entre las diversas instituciones, por principio, requiere una decantación que no

fue posible en su momento. El estudio comparado de procesos de codificación demuestra que los tiempos de la codificación argentina no tienen equivalente en el derecho comparado. Los procesos de redacción fueron más lentos, con comisiones compuestas por entre 3 y 20 personas, con plazos de redacción sustancialmente más largos y sobre todo con largos embargos antes de la puesta en práctica, que permitieron trabajar sobre la coordinación y armonización de los diversos principios en juego¹, para que el Código resulte en un todo armónico, flexible, moderno, ajustado a la sociedad, y eficiente, porque la sociedad tuvo tiempo de conocer e impregnarse de la nueva legislación antes de su entrada en vigor.

El proceso de armonización interna que, en otros países se hizo antes de la entrada en vigor, en Argentina, sólo podría tener lugar a partir de una decantación posterior con el Código vigente. La ventaja es que, con el vehículo en marcha es posible advertir sus disfuncio-

¹ Dos ejemplos en detalle: En el reciente caso de Hungría, el gobierno creó la comisión de reforma en 1998 (Decreto 1050/1998) y el Código entró en vigor en 2013. Los integrantes de la comisión de reformas fueron Tamás Sárközy, Attila Harmathy and Lajos Vékás. En medio del proceso de redacción y diez años antes de la sanción del nuevo Código, se publicó el “syllabus” con los principios y cambios de paradigma que incluiría el Código Húngaro, para que pudieran ser ampliamente discutidos por la sociedad (VÉKÁS, Lajos, “Conception and the Regulatory Syllabus of the New Civil Code”, Magyar Közlöny, 2003/8). No sin idas y venidas, en el año 2008 se envió al Parlamento el primer borrador del Código. El Código fue sancionado 5 años más tarde. Hemos tenido el privilegio de conocer al profesor Vékás, quien aun con estos plazos, siempre consideró el proceso apresurado. El caso de Brasil es otro caso interesante. En 1969 se comisionó al filósofo Miguel Reale, para que presidiera la comisión de reformas. El proceso duró, con interrupciones, 33 años. Trabajaron en el proyecto Jose Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Charnoun y Clovis do Couto e Silva y Torquato Castro. Cada uno de ellos se ocupó de uno de los seis libros del Código Civil. De especial interés es que la comisión fuera presidida por un filósofo del Derecho. (Cfr. REALE, Miguel, „Visão geral do projeto de Código Civil”, accesible en https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20Código%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf accedido el 29-12-2018. Ver también, SCHMIDT, Jan-Peter, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme*, Mohr- Siebeck, 2009). Otros ejemplos: El Código Civil de Rumania se concluyó en el año 2009 y entró en vigencia en el año 2011. Para tomar otro ejemplo de la recodificación de Europa Oriental, el ejemplo de República Checa, que luego de 11 años de trabajo, culminó la tarea en el año 2012 y promulgó recién en 2014 el nuevo Código. Aunque no tratan directamente la naturaleza comparada de los procesos de reforma y recodificación, sobre el tema pueden verse los estudios sobre la codificación resultantes de la reunión temática de la Sociedad Internacional de Derecho Comparado en RIVERA, Julio C. (ed.), *The Scope and Sstructure of Civil Codes*, Springer, Dodrecht, 2013.

nes². Esa decantación requeriría hoy, con el Código aprobado, una revisión integral y mesurada, con una comisión de expertos que no estuviera ceñida a reformas puntuales, que corren el riesgo de añadir más desajustes a los ya existentes. Una revisión así, con procesos políticos y económicos complejos como los que tienen lugar en Argentina, parece, en lo inmediato, improbable.

2. Los principios del nuevo derecho civil

Las reformas modernas, además de atender a los nuevos desafíos que presenta la transfronterización de las relaciones jurídicas, los foros privados de resolución de conflictos, la selección de patrones normativos, el consecuente desplazamiento hacia marcos transnacionales de referencia, la desmaterialización de bienes, y los problemas que estos nuevos desafíos plantean al legislador contemporáneo³; la denominada “tercera generación de Códigos”⁴ en general han puesto una mayor atención en la percepción de determinados principios que las alejan de las codificaciones decimonónicas.

Miguel Reale, el filósofo brasileño que presidió la comisión de reformas del Código de 2002, sostuvo que el nuevo derecho tenía que dar cuenta de un “sentido social”⁵ ausente de los Códigos deci-

² Todavía está pendiente un estudio de impacto del nuevo Código Civil y Comercial, como se hace en sistemas comparados. Impacto económico e impacto demográfico.

³ Ver, para asomarse al futuro de las inquietudes, por ejemplo: HEIDEMANN, Maren, *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform: European Perspectives*, Springer, 2018; MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan, *The Future of Contract Law in Latin America: Principles of Latin American Contract Law*, Bloomsbury, 2017 (que aunque gira sobre los PLACL, tiene una visión prospectiva) o BARKER, Kit, FAIRWEATHER, Karen y GRANTHAM, Ross, *Private Law in the 21st Century*, Bloomsbury, 2017.

⁴ Tomo la denominación que me parece feliz de PARISE, Agustín, “Harmonisation of Private Law in Latin America and the Emergence of Third Generation Codes”, en ; MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan, *The Future of Contract Law in Latin America: Principles of Latin American Contract Law*, Bloomsbury, 2017.

⁵ “O ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor.” REALE, Miguel, “Visão geral do pro-

monónicos, contra el énfasis individualista que presidía la primera generación codificatoria. En su presentación, hace referencia fuerte a una matriz de principios de eticidad, que incluye una amplia referencia a “la equidad, la buena fe, la justa causa y los demás criterios éticos”⁶. Estas dos notas reciben amplia repercusión en la recodificación argentina.

La recodificación por la comisión presidida por Ricardo Lorenzetti enraíza el Código Civil y Comercial Argentino supera la autonomía liberal decimonónica en lo que denomina “una verdadera ética de los vulnerables”; reposiciona la dignidad de las cuestiones extrapatrimoniales frente al abordaje patrimonialista de los Códigos decimonónicos; y supera la lógica individualista de Códigos que sólo regulaban derechos individuales para referirse a “relaciones jurídicas”, derechos colectivos y bienes que deben ser tutelados teniendo en consideración incluso las generaciones futuras, como los recursos de la naturaleza⁷. En otros términos, la centralidad de la tutela de la persona humana, el paradigma protectorio en la tutela de los débiles, la sociabilidad en el ejercicio de los derechos y el nuevo valor jurídico acordado bienes extrapatrimoniales signan indudablemente la recodificación argentina⁸. Este abordaje es moderno, ágil y superador de la primera generación de Códigos, marcada por una concepción individualista, patrimonialista y liberal.

Esta superación de paradigmas decimonónicos ha recibido una bienvenida por la doctrina nacional. Por ejemplo, Pizarro y Vallespi-

jeto de Código Civil”, accesible en https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20Código%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf accedido el 29-12-2018.

⁶ “O princípio de eticidade: O Código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos.” REALE, Miguel, „Visão geral do projeto de Código Civil”, accesible en https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20Código%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf accedido el 29-12-2018.

⁷ Comisión de Reformas Decreto 191/2011, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Sección I, Aspectos Valorativos.

⁸ LORENZETTI, Ricardo, “Introducción al Código Civil y Comercial”, publicada en diversos medios jurídicos y accesible online en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Introduccion-al-Codigo-Civil-y-Comercial.Por-Ricardo-L.-Lorenzetti.pdf> (29/12/2018).

nos se refieren a la “crisis del sistema individualista y liberal extremo”⁹, para decir que:

“La autonomía de la voluntad absolutamente concebida, lejos de hacer prevalecer el orden y la justicia, permitía el sometimiento del más débil por el más fuerte, con inevitable secuela social negativa”¹⁰.

Agregan que:

“En lo iusfilosófico se esperó el advenimiento de ideas solidaristas, obsesionadas por la protección de los débiles, orientados en materia de responsabilidad civil a tutelar adecuadamente los intereses de la víctima (aunque sin desentenderse, por cierto, del sindicado como responsable. Todo un cambio notable en la estimativa jurídica”¹¹.

Entiende que así se “mitigó el rigor individualista heredado de la Revolución Francesa”¹² abriendo la puerta a intereses y principios solidaristas.

Saux en una apreciación personal, afirma que el Código Civil y Comercial propone un perfil normativo que atiende al

“abandono de aquellas pautas positivistas y puramente patrimonialistas que informaban la anterior regulación legal jusprivatista decimonónica”¹³.

En las páginas siguientes de su obra, transcribe y resalta los párrafos relativos a los aspectos valorativos de los fundamentos de la recodificación enunciados por la Comisión de reformas 191/2002, resaltando el elenco de principios que inscriben al nuevo Código en un tejido protectorio y ético, tal como señalado más arriba.

⁹ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de Obligaciones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, T. I, p. 86.

¹⁰ PIZARRO, VALLESPINOS, *Tratado ...*, T. I, p. 87.

¹¹ PIZARRO, VALLESPINOS, *Tratado ...*, T. I, p. 87.

¹² PIZARRO, VALLESPINOS, *Tratado ...*, T. I, p. 87.

¹³ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, T. I, p. 93.

Por su parte, Tobías, al referirse a la introducción de un título preliminar, señala la revalorización de los principios como norte orientador, entre los que destaca especialmente:

“la buena fe, el abuso del derecho, el abuso de posición dominante en el mercado o el fraude a la ley que, confinados antes a sectores específicos (contratos, actos jurídicos, obligaciones), se incluyen ahora en el título preliminar, consagrándolos como principios generales que proyectan su influencia, no sólo sobre todas las relaciones jurídicas de derecho privado sino, aun, como se dijo, abarcando también las relaciones de derecho público”¹⁴.

Por otra parte, es mérito de Tobías, aunque está implícito en las demás obras, el poner de resalto la elección de la categoría de relación jurídica como concepto jurídico contrapuesto a la visión individualista de derecho subjetivo más bien de matriz liberal y decimonónica. En su obra indica que:

“(A la relación jurídica) se le atribuye ser una respuesta a los movimientos liberales racionalistas e ilustrados de los siglos XVII y XVIII, en un sistema en que los teóricos de la revolución liberal hacen referencia a los derechos innatos, el ordenamiento jurídico es concebido centralmente como aquel que delimita los derechos subjetivos y en donde estos son un corolario del ámbito de libertad y actuación de la persona. Así, la noción de relación jurídica tiende a insertar los derechos en un marco más amplio de carácter orgánico u organizado para condicionarlos y de ese modo limitarlos”¹⁵.

En efecto, la categoría de relación jurídica limita, conecta y socializa los derechos, los pone en relación con el todo social, reinscribiendo la autonomía y la subjetividad en un tejido de responsabilidades y solidaridades.

¹⁴ TOBIÁS, José W. *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 2018, T. I, p. 59.

¹⁵ TOBIÁS, *Tratado...*, T. I, p. 147, hacia el final cita a Díez-Picazo y Gullón.

Respecto del mercado y su relación con la regulación del contrato, Santarelli pone de manifiesto cómo las nuevas instituciones en suponen al mismo tiempo que una modernización y afinación de los contratos para que se ajusten al mercado; y, a su vez, una limitación y regulación del mercado para producir un ejercicio ordenado y equitativo de los derechos que emergen de las relaciones contractuales. Se refiere así a la incidencia de los principios, de una morigeración de las leyes de mercado ante posiciones de ejercicio monopólico o de poder desequilibrado, a un “modelo social” en la regulación contemporánea del contrato, a la injerencia correctiva frente a la debilidad estructural en la contratación que ganan terreno en la regulación del derecho de los contratos con figuras tales como el abuso o el abuso de posición dominante¹⁶.

Finalmente, el sentido social de los derechos reales aparece subrayado también por Alterini. Sostuvo en su obra que “los derechos reales son la expresión de un conjunto de temáticas económicas, sociales y políticas que son esenciales para la organización de la vida en comunidad”¹⁷. Subrayemos también que para el maestro¹⁸: “La regulación de los derechos reales es diseñada para satisfacer intereses superiores a los meramente particulares...”¹⁹. Y va más lejos para afirmar con Santos Briz, que: “Pasada la época del Estado liberal del siglo XIX, la propiedad y los demás derechos reales basados todos en ella se mueven en nuestra época entre los dos polos indicados de libertad personal y vinculación social”²⁰.

¹⁶ SANTARELLI, Fulvio G., *Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018. No nos es posible una cita puntual. La obra requiere una lectura completa, ya que consiste en una audaz problematización de la relación entre contrato y mercado en el derecho contemporáneo.

¹⁷ ALTERINI Jorge H., ALTERINI, Ignacio, ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, T. I, parágrafo 10.

¹⁸ Maestro se dice en el sentido de que es una figura ejemplar en lo personal y profesional y en el sentido de que enseñó. Lo llamamos maestro en ambos sentidos. En segundo sentido, el de la enseñanza, no sólo porque Jorge H. Alterini fue un maestro del derecho argentino, sino porque fue, además, un gran docente. Su ejemplaridad personal y profesional dejan una huella imborrable a quienes tuvimos el privilegio de conocerlo; su docencia imprime un modo de investigación jurídica que quisiéramos poder emular.

¹⁹ ALTERINI, *Tratado...*, T. I, par. 10.

²⁰ ALTERINI, *Tratado...*, T. I, par. 10.

Este muy breve florilegio de citas de eminentes juristas argentinos presenta un neto perfil que puede leerse no sólo en las palabras de los codificadores, sino que también surgen de la lectura de la doctrina que lee el Código Civil y Comercial Argentino y lo interpreta a luz de estas principios.

Es justo a esta altura hacer una recapitulación. Siguiendo estas líneas y a partir del recorrido sumario pero netamente definido, puede bien concluirse que el nuevo Código Civil y Comercial implica una superación de la codificación decimonónica en al menos tres sentidos:

- **Del individuo al “modelo social” o de solidaridad, del derecho subjetivo a la relación jurídica:** Muchos de los autores citados coinciden en que el Código Civil y Comercial abandona la perspectiva individualista crasa decimonónica para reinsertar el derecho civil en una nueva generación de derechos que tienen un contenido social y empático. Supera la noción de derechos subjetivos individuales para sujetarse a la categoría de relación jurídica y visibilizar así una red de derechos, deberes y obligaciones jurídicas, de las que surgen solidaridades y responsabilidades. Estas relaciones crean un espectro de derechos que obligan incluso transgeneracionalmente (p. ej., la regulación del medio ambiente), creando una responsabilidad colectiva e individual respecto de las generaciones futuras.
- **De la autonomía individual ilimitada a la “ética del vulnerable”:** El Código Civil y Comercial tiende a limar el exceso que implica un paradigma autonomicista extremo creando instituciones que protegen a quienes no tienen posibilidad de elegir con la misma libertad. Los codificadores han advertido en casi todas las ramas del derecho civil, que la autonomía es el derecho de los fuertes. Y que, cuando en una relación jurídica una parte es débil, el derecho a ser autónomo se evapora, deviene abstracto. La autonomía supone un impacto desigual

de la norma: es un manjar de fuertes y no de débiles. El nuevo derecho viene a corregir ese desequilibrio de poder con diversas figuras como el abuso de posición dominante, la buena fe, la equidad, los principios, el abuso del derecho, la lesión, etc.

- **De la visión patrimonialista del derecho civil a la valorización de la extrapatrimonialidad y de la centralidad de la persona humana.** El Código Civil y Comercial no solamente valoriza la persona humana colocándola en el centro del entramado jurídico, sino que incorpora explícitamente los derechos personalísimos, regula bienes de valor extrapatrimonial mayormente irrelevantes para la doctrina decimonónica, y realza el valor de la dignidad humana que no admite ser objeto de contratos ni de transacciones de ninguna índole. Por primera vez, la persona es captada por el derecho como un fenómeno integral: es un derecho que da carta de ciudadanía no sólo a su dimensión económica, sino a su dimensión personal y a su dignidad misma.

Del individualismo al modelo social, de la autonomía individual a la ética del vulnerable, de la patrimonialización decimonónica a la recepción e incorporación de la extrapatrimonialidad en el derecho civil: Estos auspiciosos avances y evoluciones contemporáneas del derecho civil, merecen ser celebrados y vale la pena reparar y sopesar las consecuencias humanizadoras que el progreso del derecho tiene para todas las áreas de la regulación.

3. La modernización del derecho y la evolución del derecho de familia y de las personas

Si se dirige la vista al derecho de familia y de las personas y se analizar su evolución a la luz de la modernización que refleja el nuevo derecho civil, algún grado de perplejidad resulta inevitable.

Es que, con un impacto desparejo en las distintas áreas de regulación, se advierte más bien una evolución hacia un abordaje individualista, autonomicista, liberal y patrimonialista de las relaciones de familia y de las personas humanas. Vale decir, el derecho de familia y de las personas (con grises y matices) es de corte decimonónico. Evolucionó de la regulación institucional hacia una contractualización, pero no cualquier contractualización, una contractualización como en la primera generación de la codificación: liberal, individualista y patrimonial.

Lo que resulta más llamativo, es que esta evolución se produce justamente en aquel sector de las relaciones jurídicas que es más sensible, que genera mayor vulnerabilidad, porque la intimidad es mayor y luego la posibilidad de herir es más inquietante; la herida, más punzante y la desigualdad entre las partes, mayor. Es decir, que bien puede decirse que el derecho de familia atrasa respecto del derecho civil, doscientos años.

Si bien bastaría citar los principios enunciados por los mismos propulsores de la reforma para dar prueba de esta afirmación, como la interpretación jurídica tiene que hacerse sobre el texto que cobra independencia de su autor, conviene analizar la cuestión con un abordaje doble: a) la intención del autor, para lo que tomamos como base los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial” de la Comisión que presidió la recodificación; y, b) el texto mismo del Código, que adquiere en sí mismo, autonomía respecto de la intención de sus autores.

a) La autonomía en los “Fundamentos”

Los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial” constituyen una pieza central de análisis. Son la matriz teórica del Código nuevo y expresan las ideas maestras que guiaron a los codificadores en la factura de la nueva legislación. Vale la pena estudiar la pragmática, el uso lingüístico de la palabra “autonomía” en

la presentación de cada uno de los libros para dar una idea de su significación en las ideas gestoras de la obra. La palabra “autonomía” aparece así:

- **una vez** en relación a la elección del **nombre**;
- **diez veces** en relación **matrimonio y la unión convivencial**, diciendo que la clave de bóveda de las relaciones de familia es el Art. 19 de la Constitución Nacional (que, sin embargo, nada tiene que ver con el matrimonio, porque el matrimonio afecta a terceros –entre ellos los hijos y los acreedores– y los cónyuges y los convivientes entre sí entran en una relación jurídica que los afecta recíprocamente);
- y, **nueve veces** respecto de los **niños y adolescentes** como “autonomía progresiva” (7) o como “autonomía” a secas (2), siendo que los niños pertenecen a la categoría de sujetos vulnerables en el derecho internacional e internos y respecto de los cuales el derecho internacional prevé, ante todo, “medidas de protección” a las que los fundamentos no hacen referencia.

Es decir, en el ámbito del derecho de las personas y de la familia, la palabra “autonomía” aparece veintiún ocasiones. Una sola ocasión de esas veintiún menciones, la autonomía se menciona en contexto de tensión con el deber de solidaridad familiar (respecto de las uniones convivenciales).

Fuera de este ámbito, los fundamentos utilizan la palabra “autonomía” unas pocas veces más:

- Una vez en materia de actos jurídicos;
- dos, respecto de los contratos de consumo, siete veces respecto de los contratos, una vez respecto de los privilegios, una respecto del deber de retención.
- Es de notar, además, que tres de las siete veces en que se menciona en el segmento de contratos, la autonomía está puesta en contraposición con principios correctorios de la posición de

desequilibrio de poder negocial de las partes, y acompañada de mecanismos correctivos.

- doce veces en el ámbito del derecho internacional privado, pero cinco de ellas, contextualizada en su tensión con el orden público.

Es decir que los “Fundamentos” que expresan las ideas de la Comisión que presidió la redacción del Código Civil y Comercial distribuyen el término autonomía de la siguiente forma:

- Título preliminar: 0
- Libro 1 (parte general): 2
- Libro 2 (familia): 21, sólo 1 en tensión con la solidaridad familiar = 20
- Libro 3 (contratos) 9, en 3 ocasiones, puestas en tensión con la protección = 6
- Libro 4 (d. Reales) 0
- Libro 5 (sucesiones) 0
- Libro 6 (D. Int priv) 12, pero 5 en tensión con orden público = 7

No es difícil advertir que, si de las 35 veces en que se menciona la palabra “autonomía” para reivindicarla, sobre las siete partes del Código, 20 veces ocurre dentro del libro de relaciones de familia... el peso retórico es fundamental.

Es decir que, de este análisis semántico de la retórica de la presentación del Código, surge neto que el peso argumentativo en materia de familia gira fuertemente sobre la noción de autonomía, siendo que es el sector de las relaciones jurídicas en el que la autonomía genera un impacto más desigual, y en dónde la vulnerabilidad se acrecienta en virtud de la intimidad y de lo inesperado del fraude o del daño entre cónyuges o entre padres e hijos.

Es decir, las relaciones de familia son el ámbito en el que el derecho ha decidido abandonar el campo, librando ese ámbito de las relaciones jurídicas a la regulación del más fuerte bajo la ficción de igualdad abstracta de que las relaciones jurídicas de familia están construidas por personas en situación de paridad. Nada más alejado de la realidad: da prueba de ello la incidencia de la violencia intrafamiliar, la situación de disparidad de las mujeres, especialmente las madres y las mujeres que han soportado una división desigual de las tareas domésticas ante el divorcio.

Un capítulo aparte merecen los niños. La autonomía progresiva se implementa en forma difusa, y quién debe arbitrar si el niño tiene o no autonomía para consentir, contratar o decidir es muchas veces la parte interesada en que el niño consienta, contrate o decida o dé su opinión. La influencia en el niño (tarea poco difícil si se trata de un niño dependiente o extremadamente dependiente) carece así de defensas o cortapisas de control. “Lo dice el niño” es un escudo considerablemente más eficiente que la decisión de un adulto que, en el sistema anterior, debía asumir las consecuencias de sus actos bajo el escrutinio de si actuó en protección del bien del niño o no.

Es decir, precisamente en dónde las relaciones son más asimétricas y más desiguales, en dónde la intimidad genera mayores dependencias y menos defensas, allí es dónde el legislador, de entre todas las relaciones jurídicas, considera que la autonomía debería funcionar como una clave de bóveda. Llamativa elección.

b) La cuestión en el Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial, la cuestión presenta perfiles semejantes. La **palabra “libertad”** aparece en 23 ocasiones. En el Art. 31, las “libertades” debe protegerse frente a la posibilidad de restringir el ejercicio de la capacidad de la persona humana como principio general. En el Art. 41, frente a la internación, debe priorizarse la alternativa menos restrictiva de la libertad.

Obviamente, el acto voluntario es el ejecutado con intención, discernimiento y libertad (Art. 260). Existe el principio de libertad de formas (Art. 284). Están prohibidas las condiciones que limiten de modo grave las libertades de elegir domicilio, religión o estado civil (Art. 344).

Luego, respecto al matrimonio aparecen los principios de libertad e igualdad en la portada misma del libro de relaciones de familia (Libro II, Título I Matrimonio, Capítulo I, principios de libertad e igualdad). Estos principios buscan emular las divisas de la Revolución Francesa, olvidando que el más fundamental de todos los principios con relación a la familia sería más bien el de fraternidad... completamente obliterado. En el Art. 710 aparece la libertad de prueba en los procesos de familia.

Más adelante, la libertad aparece enunciada en materia de contratos (Art. 958, 990, 1099, 1466), de títulos valores (Art. 1820), de derechos reales (Art. 2247, 2248). En materia sucesoria, como causal de indignidad (restringir la libertad o la libertad de testar, Art. 2281) y en la libertad de aceptar o renunciar la herencia (Art. 2287).

Recapitemos: la libertad tiene un uso más equilibrado a lo largo del Código Civil y Comercial. Por otra parte, tiene probablemente un uso más homogéneo en cuanto a su significado jurídico que la palabra autonomía, que es más equívoca.

La **palabra “autonomía”**, en cambio, aparece apenas 13 ocasiones en el Código, y su distribución es la siguiente:

Respecto de lo relativo a las restricciones a la capacidad, “los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (Art. 32). Igualmente, más adelante, se repite la idea (Art. 43). La sentencia que ordene la restricción a la capacidad debe promoverla mayor autonomía posible (Art. 37). Respecto de los alcances de la restricción, el Código enfatiza que la restricción “de la autonomía persona sea la menor posible” (Art. 38).

La autonomía vuelve a aparecer respecto de los denominados “pactos de convivencia” que pueden contener cualquier naturaleza de convención con las restricciones de cuestiones de orden público, del principio de igualdad y de los derechos fundamentales de los convivientes (Arts. 513 y 515). Es de notar, sin embargo, que existen fuertes restricciones en el contenido económico del pacto, mientras que hay pocas restricciones en cuestiones de naturaleza personal. La vivienda, el deber de contribución a los gastos del hogar y la responsabilidad solidaria frente a terceros, resultan de orden público (Arts. 519-522).

En el área de las relaciones de familia, la autonomía aparece nuevamente en materia de responsabilidad parental (Arts. 639 y 677).

Lógicamente, la palabra “autonomía” aparece también en materia de responsabilidad y contratos, proyectándose también en el derecho internacional privado.

Recapitulando hasta aquí, un análisis semántico, que vuelve a arrojar en materia de “autonomía” una fuerte incidencia en temas de familia y capacidad.

Sin embargo, el análisis semántico es insuficiente para comprender el significado de la autonomía para el legislador. Si se analizan los contenidos regulados, se advierte que, tanto en materia de matrimonio como de uniones convivenciales, que son las únicas dos formas de familia reconocidas en el Código Civil y Comercial, hay una fuerte patrimonialización de los contenidos de las relaciones.

En primer lugar, debe señalarse que el Código, a pesar de llamarse multicultural y plural, trae sólo dos modelos de familia que son de corte netamente occidental, y que tienen por interlocutor a la clase media alta urbana y no a los sectores económicamente vulnerables, que no encuentran una carta de ciudadanía en sus estructuras familiares más inestables y variadas. Es decir, el Código es decimonónico y claramente no es neutral, como pretende serlo, al regular las relaciones de familia.

Para el nuevo Código, la persona humana, sus sufrimientos y su dimensión más íntima y personal, no resulta relevante. No resulta relevante el desequilibrio de poder que producen las corrientes afectivas en la familia ni la intimidad de las relaciones. Ni siquiera traduce los principios generales del derecho a las relaciones de familia. Ni las uniones convivenciales ni el matrimonio refieren el deber de fidelidad que, en cambio, es relevante en materia contractual, laboral o incluso societaria²¹. Esto no sólo refleja un absurdo por la incoherencia que señalaba el maestro Jorge H. Alterini, en el sentido de que un contrato protege más que un matrimonio; sino que demuestra un corrimiento teórico del derecho de familia de lo extrapatrimonial a lo patrimonial. Lo único que ha interesado regular a los codificadores son las emergencias patrimoniales de familia, y no lo que más dignifica y hace nacer ese corolario, que son las relaciones extrapatrimoniales que les dan fundamento.

En materia extrapatrimonial el Código Civil y Comercial ha preferido hacer ponderar la autonomía, tanto para los niños como para los adultos, así en las relaciones de familia como en las cuestiones relativas a la propia capacidad, precisamente cuando se es más vulnerable y precisamente cuando el ejercicio de esa capacidad requiere, más que nunca, un sistema de fortalecimiento y protección. Los deberes matrimoniales extrapatrimoniales, luego de ser reintroducidos frente a su total ausencia en un primer borrador, reaparecen debilitados. El deber de fidelidad se califica de moral, y esto no por enaltecer su dignidad, sino para desproveerlo de juridicidad. En las uniones convivenciales la paradoja llega al extremo: la relación debe ser exclusiva, afectiva, requiere convivencia singular durante dos años continuados e ininterrumpidos, pero una vez que se cumplió el plazo y se adquirió la situación de unido, cesa toda exclusividad. La convivencia subsiste, porque si no estuviera, haría cesar *ipso facto* la unión que reposa sobre ella como su constitutivo esencial. Junto

²¹ Al respecto ver nuestro BASSET, Úrsula Cristina. "El matrimonio en el proyecto de Código." *Revista Jurídica La Ley*, 2012-E, 2012, p. 912.

con la paradoja de que ambas uniones admiten la poligamia de hecho pero no de derecho (en la medida de que la infidelidad no constituye *prima facie* un antijurídico), se da la evidencia de la irrelevancia de la dimensión extrapatrimonial justamente allí en dónde lo extrapatrimonial constituye el fundamento esencial de toda regulación²².

También la individualidad se acentúa. La noción de interés familiar desaparece completamente del horizonte, salvo por dos curiosas excepciones (también paradójicas): como criterio para que el juez habilite la división del condominio de un bien de titularidad conjunta en el régimen de comunidad o separación (Art. 471 y Art. 506) o como criterio para que el juez autorice la disposición de un bien protegido por el régimen de vivienda familiar en la unión convivencial (Art. 522) o como criterio para que el juez determine continuar o no en el uso de la vivienda familiar luego del divorcio como medida provisional (Art. 721). También aparece como criterio para que el juez otorgue la autorización supletoria para los casos en que los actos de los hijos requieren el consentimiento de ambos padres (Art. 645, p. ej. Contraer matrimonio, entrar a una orden religiosa o a las fuerzas armadas, viajar fuera de la república o estar en juicio). Salvo en lo que se refiere a los hijos, en dónde la apelación al interés familiar es cuestionable, todos los demás intereses familiares se refieren a dividir o no el uso o el condominio de la vivienda: intereses netamente patrimoniales en dónde el último punto de convergencia es el techo común.

La cuestión se acentúa si se ve el encogimiento de los efectos de la ruptura de la unión matrimonial y convivencial (que son casi idénticos). Al haber adoptado el paradigma neutral de género, los efectos de la ruptura no identifican la situación de la mujer como tal. Aquí aparece otro desajuste con el techo constitucional que impele a reconocer la singular situación de desigualdad de la mujer y que

²² Hemos analizado largamente esta cuestión en BASSET, Úrsula C. “Comentario al Art. 431” en Basset, Úrsula C., *Libro de Relaciones de Familia*, ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Comentado, Tratado Exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2017, T. III.

el Código se ve impelido a desconocer. La más sufrida es la mujer con hijos, que tiene su futuro hipotecado. Con la actual regulación, claramente resulta desaconsejable tener hijos, a menos que la mujer tenga dinero suficiente para llevar adelante un trabajo que le permita soportar indemne una ruptura unilateral sin siquiera un mes de pre-aviso, decoro mínimo que se concede a las relaciones laborales. La mujer puede, intempestivamente, quedar sin matrimonio y sin consecuencias económicas significativas, sin haber siquiera elegido esa opción. El reclamo resulta, a la francesa, una compensación económica escueta o alimentos altamente excepcionales. El legislador se ha imaginado a las mujeres de clase media alta porteña o de alguna otra ciudad del país con alta tasa de empleo femenino bien pago y en blanco. Otra vez la falta de multiculturalidad es evidente... muchas mujeres en el interior del país todavía apuestan a modelos de familia con distribución de roles tradicional... ¿es multicultural o plural no abrir la puerta a esas opciones? ¿no reconocer marcos jurídicos que puedan habilitarlas? Nuevamente, la opción, como en todo sistema en el que la piedra angular es la autonomía de la voluntad, la tienen los fuertes: las mujeres fuertes que pueden elegir, y que sobreviven a ser dejadas, podrán optar tener hijos y llevar adelante sus elecciones. Las mujeres débiles pagarán con un costo altísimo la presunción del legislador de que todas las mujeres en abstracto son iguales. El modelo exiguo de consecuencias del divorcio contemporáneo no ataca a las fuertes, ataca a las débiles, que eran aquellas que el derecho debía defender. Y ataca, indirectamente, los hijos de las débiles y de aquellas que eligieron cuidar a sus hijos por encima de su desarrollo profesional. La compensación económica es por definición insuficiente, y los alimentos, son siempre excepcionales...

La pareja conyugal o convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial parece estar captada como un fenómeno netamente patrimonial, individual y libertario por el legislador, en dónde la centralidad de la persona humana, la posición del sujeto más vulnerable y la visión solidarista o social, quedan absorbidas por una igualdad abstracta, patrimonialista y liberal. Contrasta netamente con el abordaje

de las relaciones jurídicas y sociales, y con corrimiento hacia el reconocimiento de los aspectos extrapatrimoniales que surge descripto como progreso en áreas menos íntimas y menos sensibles del Código Civil y Comercial. La familia se regula en clave más patrimonialista, libertaria e individualista que el derecho de los contratos.

4. La doctrina frente a la autonomía y la individualización en las relaciones de familia

La doctrina cuyas ideas prevalecieron en la recodificación argentina juega sus cartas al individuo y a la autonomía.

Por ejemplo, Kemelmajer de Carlucci²³, parte de la idea de la constitucionalización del derecho privado, para hacer hincapié en los derechos humanos individuales que se incorporan a las relaciones de familia. Citando a la jurista española Roca Trías, pone de manifiesto el desplazamiento de “la casa a la persona”, y señala así la trascendencia de los derechos humanos a una familia, acorde con el propio proyecto de vida, en lugar de la “nostálgica” definición de la familia como célula básica de la vida social.

Una tendencia que se ha puesto de manifiesto en la doctrina que analiza los fenómenos familiares es, a no dudarlo, la individualización de la familia²⁴. Mientras que anteriormente se consideraba la dimensión del todo de la familia, la fragilización de los vínculos familiares ha desmantelado la membrana que conglobaba a sus integrantes. La familia es vista hoy, con frecuencia, como una suma de individualidades. El jurista francés Gérard Cornu había señalado el riesgo de reducir a la familia a un cúmulo de derechos subjetivos.

²³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Capítulo Introdutorio.

²⁴ ROCA i TRIAS, Encarnación, “Familia, formas familiares y economía”, en ROCA i TRIAS, Encarnación y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, Fundación Coloquio Europeo, 2010, Madrid, p. 86.

Citando a Jean Carbonnier, el autor francés había señalado que hoy día existe un “derecho de ensueño” en materia familiar. Derechos a la libertad, al niño, al amor, a la felicidad. Concluye que “para el derecho de familia más que para ningún otro, el riesgo mayor es que ‘la exaltación de los derechos individuales no desagregue la institución’”²⁵.

Para el jurista español Luis Díez-Picazo, en cambio, lo central consiste en el imperio del pansociologismo, en el que “...*el Derecho se limita, rezagadamente, a reflejar [el cambio social] y levantar el acta del mismo*”²⁶. Para este autor dejar que la familia se rija a merced de sus impulsos espontáneos podría encontrar (y de hecho, agregamos nosotros, encuentra...) su fundamento en la idea de que la familia es una fuente de frustraciones y una institución represiva. La completa libertad individual sería pues, la solución para quienes estas teorías sostienen. “*Buey suelto bien se lame*”, concluye²⁷. Sin embargo, no es esa la respuesta. El mismo concluye que se da una situación francamente paradójica en este campo. Recurriendo al caso de las uniones de hecho, señala: “*Aquellos que buscaron un sistema de vida familiar libre de ataduras jurídicas, terminan recurriendo al derecho*”. Para él, lo fundamental es determinar las áreas en las que sí debe incidir el derecho de familia²⁸. Carbonnier, en sus *Ensayos sobre la ley*, acusa la nueva tendencia de la inflación normativa²⁹.

Es interesante señalar, empero, que la Constitución Argentina y los tratados internacionales, presuntamente vigentes en un derecho privado constitucionalizado, definen a la familia como célula básica, lo cuál presenta un evidente problema de colisión argumentativa o lleva a pensar que sólo resultaría constitucionalizado el sector del

²⁵ CORNU, *Droit Civil. Les régimes Matrimoniaux. P.U.F.*, 1974. P. 20.

²⁶ DÍEZ PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 21.

²⁷ DÍEZ PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*,... cit. P. 27.

²⁸ DÍEZ PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*,... cit., p. 29.

²⁹ CARBONNIER, Jean, “L’inflation des lois”, en *Essais sur les lois*, Repertoire du Notariat Défrénois, Paris, 1979, p. 271.

sistema internacional de derechos humanos que resulta acorde con el derecho privado propuesto por Argentina. Para una verdadera constitucionalización es necesario aceptar el derecho internacional en su integralidad, y no sólo las partes afines con la ideología del derecho privado argentino. Si así fuera, no hay estrictamente hablando, una constitucionalización del derecho privado, sino más bien una privatización y nacionalización del derecho constitucional, que resultaría fagocitado por el techo ideológico local.

En este sentido, resulta relevante la contribución previa a la nueva codificación, que sentó nítidamente las bases teóricas. Se trata de un trabajo trascendental de Lloveras y Salomón sobre la incidencia de la constitución en las relaciones de familia³⁰: Según dichos autores, el nuevo derecho de familia privilegiaría la autonomía de la voluntad –libertad como un principio rector–. A partir del año 1994 se produjo un quiebre que incide primordialmente en un nuevo “orden público familiar”³¹. Habría así un “cambio de paradigma”, con una “nueva axiología jurídica”³². Así pues la reformulación del derecho de familia implicará una “recreación” de los valores³³. De resultas, para una de las autoras de los textos que regulan el matrimonio proyectado –Nora Lloveras– “estamos en condiciones de afirmar que la Carta Magna y sus preceptos libertarios autorizan a los cónyuges a dispensarse de sus deberes matrimoniales... la base y sustancia del matrimonio están implícitas en... cada proyecto de vida, y no es necesario ni aconsejable que el legislador imponga un proyecto de

³⁰ Utilizamos la designación propuesta por Nora LLOVERAS, en LLOVERAS, Nora, and Marcelo SALOMÓN. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, P. 287.

³¹ LLOVERAS y SALOMÓN *El derecho de familia...*, p. 76.

³² *Ibíd.*

³³ Interesantísima y sugerente expresión de LLOVERAS y SALOMÓN en LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia...*, *ibíd.* En el caso de los autores mencionados la “recreación” se refiere al derecho de familia en torno a su constitucionalización, cuyo valor central es la libertad de intimidad.

vida”³⁴. Se trata de un “giro copernicano”³⁵, cuyo nuevo peso central es “asegurar los beneficios de la libertad” de intimidad³⁶ en los términos del Art. 19 de la Const. Nacional³⁷. Se trata de una visión que privilegia los derechos individuales³⁸ a un proyecto de vida autorreferencial que merece reconocimiento por el hecho de ser tal y con independencia de su contenido, más que en los derivados de una idea institucional de familia o de la importancia de la familia en tanto que institución con un perfil definido al servicio de determinados fines sociales. El Art. 19 se entiende imperativo principalmente en cuanto garantiza que “las acciones privadas de los hombres...”, pero se desvanece la idea de una moralidad pública que resultaría ajena por el individualismo libertario³⁹ que preside esta hermenéutica constitucional⁴⁰. El Estado debe ser neutral frente a los proyectos de vida en juego.

Podríamos continuar con otros ejemplos variados, pero el trasfondo teórico resulta suficientemente planteado.

³⁴ LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, p. 287.

³⁵ LLOVERAS, SALOMÓN, *El derecho de familia...*, p. 46. Se afirma en el pasaje aludido que la constitucionalización implica tomar como centro a la persona; pero de la lectura en su conjunto se advierte que el concepto de persona es más bien el individuo, y que sobre todo se garantiza su “libertad de intimidad” (p. 71, pp. 76, 77 109 y pássim), bien supremo a tutelar. Persona se opone a familia y a sociedad (de ahí la idea de individuo, como sujeto separado), y la familia sólo es objeto de protección qua colectivo compuesto de derechos individuales a tutelar (pp. 41, 48, 51 y pássim)

³⁶ LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, p. 107.

³⁷ *Ibíd.* También ver a los mismos autores, pp. 76-77 y pássim.

³⁸ La tutela prioritaria de la protección de la familia sería sólo a la persona humana, no tanto a la familia como colectivo social. (LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, pp. 46, 48 y 51).

³⁹ La noción de “libertario” aparece explícitamente en la obra de LLOVERAS y SALOMÓN, *El derecho de familia...*, cit., p. 286, a la que nos hemos referido específicamente, por ser la autora a su vez correctora del Libro de Familia.

⁴⁰ Estrictamente hablando, el Art. 19 define el orden público para los autores citados. Ver LLOVERAS y SALOMÓN, “El derecho de familia”..., cit., p. 71.

5. El desajuste entre la modernización del derecho civil y la “decimononización” del derecho de familia y de las personas

El derecho civil ha, pues, evolucionado hacia una versión ágil y superadora. Del individualismo ha pasado hacia una versión social y solidaria, de captar sólo los fenómenos patrimoniales evolucionó hacia la percepción de lo extrapatrimonial como un emergente de la dignidad humana, y advirtió que la autonomía debe limitarse en beneficio de una ética de los vulnerables.

El derecho de familia y de las personas, en cambio, pasó de una regulación de fuerte intervención estatal y de contenidos institucionales a un movimiento pendular que lo sitúa en una visión patrimonialista de las relaciones de familia, ignorando así la dimensión más humana que le da fundamento. Pareciera que para la lectura contemporánea del derecho de familia las cuestiones más íntimas y personales no tuvieran una justicia implícita: mientras que en la óptica del laboralista, la infidelidad del empleado es una traición al principio de buena fe negocial; para el familiarista esa infidelidad, en tanto que traición al principio de buena fe, es irrelevante, siendo que es infinitamente más dolorosa y tiene evidentes consecuencias en el plexo de relaciones económicas y personales de la familia, e incluso en relación a los hijos.

Esa visión individualista que encierra la dimensión extrapatrimonial en la esfera del no-derecho (para retomar una expresión de la que se ha hecho abuso, y en general por no leer la fuente)⁴¹, el derecho de familia no sólo incurre en una visión liberal que hoy día resulta un tanto anacrónica, sino que parte de una doble falacia teórica: a) una igualdad abstracta de los miembros de la familia, que

⁴¹ Utilizando el giro del jurista francés Jean CARBONNIER, en este caso, según la clasificación que ofrece el autor, se trata de un “non-droit comme donnée sociale”, no derecho como dato social, como lugar de no derecho. Cfr. CARBONNIER, Jean, *Flexible Droit*, LGDJ, 1992, Paris, p. 26. Sin embargo, Díez-Picazo interpreta y traduce esta expresión no como un no-derecho, sino como un sistema interno de derecho y con espacio notablemente más restringido que el que parece referir la doctrina que lo cita en su apoyo :

denominaremos el mito de la igualdad negocial; y, b) una abstracción de la complejidad del entramado familiar que denominaremos el mito de Robinson Crusoe. Estos dos mitos, desembocan en una paradoja: la paradoja autofagocitaria (c). ¿En qué consisten estos dos mitos y la paradoja?

a) El mito de la igualdad negocial

El mito de la igualdad negocial parte precisamente de la idea que el resto del Código Civil y Comercial abandona: la de la igualdad abstracta. El Código Civil y Comercial, en todas las demás áreas en las cuales hay relaciones jurídicas, parte de la idea de que la paridad negocial en abstracto es un mito, y que es necesario evaluar la posición negocial real de cada una de las partes. La afirmación decimonónica de que todos los hombres nacen libres e iguales tiene una plasmación concreta moderna: la “ética de los vulnerables” ampliamente recibida como tropo en el razonamiento jurídico de los tribunales internacionales. La consideración de la vulnerabilidad corrige el defecto de la igualdad abstracta, para empatizar con la posición singular y desigual que cada persona ocupa: frente a su propia enfermedad, patología, discapacidad o restricción, en función de las elecciones que hizo apostando con buena fe en las promesas del otro cónyuge o en un proyecto conjunto, en función del cuidado de los hijos, en función del cuidado de los ancianos, en función del sexo, identidad u orientación sexual, raza, idioma, nacionalidad, condición económica, etnia, etc.⁴².

El derecho de familia y de las personas contemporáneo parte de esa igualdad abstracta, y aquí se produce su falacia y disrupción evolutiva: por promover la autonomía que es el derecho de los individuos fuertes, olvida crear suficientes estructuras de protección,

⁴² Sobre la cuestión de la vulnerabilidad, BASSET, Úrsula C., FULCHIRON, Hugues, BIDAUD-GARON, Christine, LAFFÉRIERE, Nicolás, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

acompañamiento y empatía para los sujetos vulnerables. Un ejemplo que no quiere abordarse: el desincentivo social al matrimonio comprometido, la irrelevancia de la buena fe matrimonial (en el ámbito extrapatrimonial) afectan directa e indirectamente las estructuras en las que crecerán las nuevas generaciones, es decir, el interés del niño que los codificadores buscan proteger, que se realiza máximamente en un marco familiar. Una madre que no es protegida en el divorcio, va a ser frágil en la crianza. Los conflictos personales que el Código ignora, y que son rupturas de principios generales del derecho, no dejan de tener incidencia jurídica porque el legislador lo decreta. La incidencia jurídica de un hombre abandonado abruptamente, o traicionado por una infidelidad tiene efectos en cualquier negociación y relacionamiento ulterior de las partes. Es más, afectará la estructura familiar extendida que deberá ofrecer contención. Que el derecho contemporáneo elija no ver esta dimensión, taparse los ojos a esta esfera de juridicidad, sólo agrava las patologías en lugar de contenerlas. Es un derecho expulsivo del sufrimiento humano, justamente en la era en el que la violencia es la peor de las amenazas. Y la violencia se evita preventivamente, conteniendo los conflictos no expulsándolos.

b) El mito de “Robinson Crusoe”

El segundo mito, el que llamamos de “Robinson Crusoe”⁴³, tiene una estructura igualmente falaz.

El legislador, privilegiando ideas abstractas a realidades, se imagina a un ser abstracto que toma decisiones recortado de su entorno.

⁴³ La novela de Daniel Defoe (publicada en 1719), cuyo título original es “The Life and Strange Surprising Adventures of Robinson Crusoe, Of York, Mariner: Who lived Eight and Twenty Years, all alone in an un-inhabited Island on the Coast of America, near the Mouth of the Great River of Oroonoke; Having been cast on Shore by Shipwreck, wherein all the Men perished but himself. With An Account how he was at last as strangely deliver’d by Pyrates”, da cuenta de un hombre que debe depender exclusivamente de sí mismo después del naufragio. Sin embargo, en la misma novela no tarda en encontrar a congéneres de costumbres muy distintas, y se plantea rápidamente el problema del multiculturalismo.

Un niño que decide sin sus padres, pero que es sostenido o debe sostener esa decisión con el apoyo de los padres que resultaron excluidos. Un adulto mayor que padece una enfermedad neurodegenerativa, y que decide autónomamente, separado de la familia, cuyo consorcio deberá requerir luego para cualquier tratamiento. Un esposo que decide unilateralmente el divorcio sin tiempo de espera, a pesar de que su decisión pesará sobre todos los miembros de la familia, incluso sus hijos que no pidieron nacer ni tienen voz ni voto, pero ven su vida y su proyecto de vida diametralmente afectados. El mito de “Robinson Crusoe” trata estas decisiones como derechos individuales sujetos a la privacidad. Pero no son ni individuales ni privados. Ni en cuanto a la modalidad de la toma de decisiones, ni en cuanto a los efectos.

En cuanto a la modalidad de la toma de decisiones, es raro el caso en el que una persona tome decisiones relativas a su salud en soledad, individualmente. El adulto que no consulte a su familia consultará al médico, o fuentes anónimas, de las que se dejará aconsejar e influirán su juicio. El niño o adolescente, en lugar de consultar a sus padres, consultará a médicos que no lo conocen, a compañeros de secundaria que tienen menor capacidad de juicio y presumiblemente menor interés en su bienestar o a algún referente. El mito del hombre aislado no es más que eso: un mito. Y sancionar mitos como realidades en el derecho, es algo que cuesta caro. Sobre todo, porque los mitos crujen a la hora de aplicarse, y porque reclamar solidaridades luego de haber engendrado soledades y aislamientos, termina haciendo del derecho no sólo una falacia sino que es iatrogénico: el derecho produce el conflicto en lugar de suavizarlo o evitarlo. Un divorcio unilateral sin tiempo de sosiego y espera, produce heridas profundas y una banalización de las responsabilidades emergentes en la fundación de una familia. No hay respuestas mágicas: el mensaje del derecho es claro: lleva más tiempo casarse que demoler el edificio. Y demolerlo no requiere ni respeto a la contraparte, ni mayores consecuencias jurídicas.

En cuanto a los efectos del mito de Robinson Crusoe, lógicamente, están a la vista. Al individuo que toma decisiones privadas que no le importan al derecho, no puede imponérsele el costo de la libertad que se le otorga. Si es el ejercicio lícito de un derecho, no hay responsabilidad ni solidaridad alguna, esa parte del ámbito de la libertad. Pero los costos de la ruptura siguen estando...¿Quién los paga? Las partes vulnerables, las que no eligieron.

c) La paradoja autofagocitaria

Los mitos son deformaciones de percepción científica, que suelen partir de anteponer ideas a realidades. Generalmente, estos defectos teóricos tienen un alto costo social. Nosotros quisiéramos concentrarnos en un efecto teórico del mito: la paradoja autofagocitaria.

En la medida en que el derecho de familia y de las personas decide encerrarse en el ámbito de la autonomía realiza por sí mismo un mito sorprendente: se autofagocita. Si las partes regulan sus relaciones, el derecho se vuelve un marco subsidiario de referencia con mínimas disposiciones obligatorias. El derecho de familia se encoge crecientemente y tiende a su extinción.

El efecto práctico o social de esta extinción impacta directamente en aquellos que no tienen suerte, o a los que la vida les ha dado la espalda. Los que tienen familias funcionales, no necesitan del derecho, porque el amor supera la justicia, y la medida de lo que se da en la familia funcional excede el mínimo exigido por el derecho. En ellos no habrá impacto inmediato (al menos hasta tanto esta forma de pensar las relaciones de familia no implique cambios culturales). En cambio, quienes sufren realmente este cambio son aquellos que han sido desafortunados, a los que no tienen familia, o la familia es negligente, egoísta, mezquina o abandonica. Esos ya no tendrán nin-

gún ámbito al que reclamar⁴⁴. Podrán pedir algo de dinero, pero no justicia. Es el riesgo de crear un derecho egoísta e individual.

⁴⁴ MALAURIE, Philippe, FULCHIRON, Hugues, *La famille*, Défrenois, 2006, Paris, p. 29: “*Ce ‘désengagement’ a, sous sa molle douceur apparente, une dureté inflexible. La ‘libre concurrence des familles’ est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l’origine sociale ni la chance n’ont souri (...) Tout civilisation forme un tout: chaque fois que le droit recule, la m orale (l’etique) s’efface*”. (La traducción es nuestra: “La aparente dulzura muelle de estas tendencias abiertas respecto de la familia, tienen en realidad una dureza inflexible. La ‘libre competencia de las familias’ es inmisericorde con los niños, con los débiles, con los que no tienen acceso a la educación, con los que se equivocan, con los que sufren y con aquellos a los que ni el origen social ni la suerte les ha sonreído. (...) Toda civilización forma un todo: Cada vez que retrocede el derecho, la ética desaparece.”).

La protección de la familia y su proyección en el tratamiento de las uniones convivenciales

por Julio César Capparelli

En estos tiempos en los que mucho se habla sobre la constitucionalización del derecho privado, parece conveniente esclarecer el contenido del principio constitucional de la protección integral de la familia y su proyección en el tratamiento de las uniones de hecho.

A fin de abordar esa problemática nos ocuparemos de la noción de familia, en segundo lugar de las normas constitucionales y por último de algunas disposiciones referidas a las uniones convivenciales reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

¿Familia o familias?

Existe una cierta tendencia a esquivar una noción de familia y referirse en cambio a las familias dada la pluralidad que se da en la sociedad en cuanto a la conformación de la familia.

Pensamos por el contrario que podemos intentar una noción de familia, como género, sin perjuicio de reconocer la diversidad como especie.

Toda noción es una abstracción de la realidad a partir de notas comunes a lo que quiere ser definido, a sabiendas que toda noción o definición no constituye un ser en sí mismo sino un ser de razón, concebido por la mente humana para designar las cosas que son singulares, distintas, pero con notas comunes que permiten identificarlas bajo una noción única.

Es así que utilizamos conceptos como “mesa”, “silla”, “ser humano”, a partir de realidades singulares que presentan una enorme diversidad pero son susceptibles de ser aprehendidas por un concepto y expresadas mediante una palabra.

Dada la diversidad y para tratar de esbozar una noción vamos a considerarlo desde distintas perspectivas.

Perspectiva antropológica

Desde lo antropológico no cabe duda alguna que el hombre es un ser social, que nace y vive en comunidad.

En esa primera comunidad en la que es gestado y nace, recibe los primeros cuidados; allí es también querido. En ese ámbito aprende a comunicarse y a confraternizar, también aprende sus posibilidades y sus límites. Crece, en fin como persona y a partir de ese núcleo primigenio se inserta en la sociedad más amplia, en la que se desarrolla. El hombre se desenvuelve entonces en un ámbito social amplio y en uno más íntimo, que siente especialmente como propio. Es en ese espacio de intimidad donde dice “estar en familia”. Ordinariamente, esta primera comunidad está constituida por sus padres por sus hermanos; en casos de excepción, son otros los que cumplen las funciones parentales, como es en el supuesto de adopción. Lo que interesa es que siempre encontramos esa familia, basada en la generación, fundada en la unión de los progenitores.

Tan importante es esto, que el hombre tiene siempre esta noción de pertenencia. Aun en los casos en los que ha estado desprovisto de

este “hábitat” natural, se piensa a sí mismo como perteneciente a una familia, como descendiente de una madre y de un padre al que no conoció, con los que se relaciona aunque más no sea por su ausencia.

En los casos en que la parentalidad está establecida con respecto a dos padres o dos madres, siempre está la pregunta acerca del por qué proviene de dos padres y en todo caso cuál es su mamá.

Esta pertenencia es muy fuerte. Aunque las funciones maternas y paternas sean ejercidas por otros, existen para esa persona dos mamás, o una mamá y dos papás o cualquiera de las combinaciones posibles, pero siempre están los que lo engendraron, o aquellos de los que proviene y los que lo criaron. Aun los “sin familia” son parte de la familia que no está.

De todo esto concluimos que la familia así descrita es el núcleo básico de pertenencia de todo ser humano, que difiere de todo otro tipo de agrupación a la que posteriormente se incorpore y que constituye su auténtica escuela de socialidad.

Perspectiva histórica

Una perspectiva histórica nos obligaría a un estudio pormenorizado y acotado con respecto al tiempo y el lugar en el que observamos las variaciones en la vida familiar. Esto supera las posibilidades de este trabajo. Pero en líneas generales podemos decir que basta una mirada sobre nuestro país, que es tan joven, para advertir que se han producido enormes cambios, particularmente desde el siglo pasado a los albores de este siglo XXI.

Desde fines del siglo XIX se produjo la gran inmigración. La sociedad de la época colonial y de los inicios de la patria parece haber sido más homogénea.

Al principio llegaron hombres solos, luego sus mujeres. Dieron origen a familias nucleares de los padres y los hijos. Los abuelos habían quedado en Europa. Se criaron hijos sin tíos ni abuelos. Se

desarrollaron familias en las que el hombre era el principal aportante de bienes, aunque la mujer trabajaba en la casa y procuraba algunos trabajos afuera para ayudar. Eran familias que podríamos llamar patriarcales, en las que el hombre tenía a su cargo el aporte y la gestión de los bienes. La autoridad de los mayores era muy tenida en cuenta, a veces también temida. Las jerarquías eran respetadas.

En esas familias se insinúa el trabajo de la mujer fuera de la casa. La ley 11.357 comenzará a desdibujar la figura del marido administrador y la mujer adquiere y administra su propio peculio. Lentamente la mujer accede a la instrucción primaria y luego a estudios universitarios. La ley 17711 refleja un nivelamiento de la mujer, una mayor independencia en lo económico, una relación matrimonial basada en una mayor igualdad.

También se logra la igualdad en la ley 23264 referida a la patria potestad y la ley 23515 instauro el divorcio vincular. Las familias habían cambiado, perdido estabilidad y en este punto la sociedad va priorizando la voluntad de los cónyuges para poner fin al vínculo matrimonial, aunque todavía se mantenía el divorcio causado y el que se dictaba a pedido de ambos cuando coincidían en ese punto. Por último la ley 26618 del año 2010 rompe con el paradigma matrimonial que establecía la heterosexualidad y admite el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Obviamente, aunque constituyen realidades minoritarias no dejan de presentar un perfil familiar absolutamente novedoso e impensado hasta pocos años antes de la sanción de la ley citada.

El Código Civil y Comercial de la Nación conserva lo establecido en las últimas leyes e innova en cuanto a que pasa a regular las uniones convivenciales, que hasta ese momento no tenían tratamiento legislativo específico. Estas convivencias que no eran nada nuevo pasan a ser consideradas familias siempre que reúnan los requisitos establecidos por la ley. Esto no significa que anteriormente en disposiciones aisladas no se hubiera tenido en cuenta la familia nacida de una convivencia no matrimonial.

Por lo tanto la familia desde finales del siglo XX a la fecha acepta realidades que modifican lo que constituía el paradigma anterior en un giro copernicano. Lo que subsiste actualmente en el matrimonio y en las uniones convivenciales es la monogamia, a pesar de que la ley prescindió de la obligación de fidelidad para considerarlo un deber sólo moral, lo que en la práctica es vivido en los matrimonios como un contenido del objeto matrimonial y en las uniones de hecho como parte del acuerdo que da lugar al inicio de la convivencia a modo de matrimonio.

De todas maneras y pese a las modificaciones legales y cambios sociales la familia sigue fundada en la generación, en el vínculo conyugal y en el vínculo convivencial, éstos últimos como reflejo de una “*affectio maritalis*” o “*affectio quasi maritalis*” subyacente.

La noción de familia en las normas constitucionales

Como marco previo a nuestra Constitución Nacional del año 1853, podemos constatar que en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, no existían preocupaciones de orden familiar. El hombre era considerado como individuo, su domicilio no aparecía descripto como el lugar donde vive la familia. Desde entonces hasta ahora se produce un cambio, una revalorización de la familia y una nueva visión de la vida familiar, lo que se ve reflejado en los textos de las nuevas leyes¹.

Coincidente con aquel enfoque jurídico, nuestra Constitución de 1853 mantiene la visión del hombre como individuo, sin considerar expresamente el tema familiar.

¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Palabras en el acto de apertura del X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza 20.9.1998, en El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 11.

La Constitución Argentina es reformada en el año 1949, en el año 1957 y en el año 1994, cuando se incorporan con jerarquía constitucional, en el art. 75 inc.22, tratados y convenciones internacionales que se refieren a los derechos humanos, de los cuales cinco se ocupan de la familia.

Las primeras reformas de los años 1860 y 1866 en Sana Fe y la de 1898 en Buenos Aires nada tocaron con respecto a nuestro tema. En realidad, aquellas primeras enmiendas se mantienen dentro del marco político individualista en el que nació nuestra ley fundamental.

Es a principios del siglo XX que se producen cambios a nivel mundial. En la constitución mexicana de 1917 y en la Weimar de 1919. Se produce un tránsito a constituciones en las que no se considera sólo al estado sino que toman cuerpo las instituciones intermedias. En el aspecto social emerge el derecho a agruparse en asociaciones gremiales en defensa del trabajo.

Es en este nuevo espíritu que aparecen los textos que abogan por la protección de la familia, el derecho a fundarla a través del matrimonio, el derecho de los padres a la educación de los hijos, la protección de la vida desde la concepción, la protección del niño, del anciano, la promoción de la vivienda, entre otras cosas.

No son normas operativas que no requieran nada más para ser cumplidas. Son normas programáticas o de efecto diferido, que requieren el dictado de leyes que las lleven a la práctica.

Algunos las han visto con disfavor, considerándolas tan sólo una buena expresión de deseo, o como un catálogo de ilusiones. Quizás dependen del país para el cual se han dictado. En países desarrollados se van cumpliendo, en otros siguen siendo un programa que no se logra instaurar.

De todos modos axiológicamente son valiosas y constituyen criterios para la interpretación de las leyes y la solución de casos concretos. Así la protección de la familia implica la de las personas que la integran como grupo fundante de toda vida social.

La reforma de nuestra constitución del año 1949 abordó esta temática. Contenía el reconocimiento de la familia como institución natural, o sea anterior al Estado, el derecho a fundar una familia, la protección del matrimonio, sin que ello significara un desentenderse de las uniones estables ni de las familias incompletas. Por un lado, favorecía al matrimonio, a la familia nacida del mismo, por otro, no quedaba fuera del pluralismo social, y sin promover otros tipos de familia, las contemplaba.

En el año 1957 se deja sin efecto la reforma y se vuelve al texto anterior, pero se introduce el art. 14 bis, de típica inspiración social, que dice: *“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social...En especial, la ley establecerá...la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”*

Debemos reconocer, que la familia no ocupa el corazón del art. 14 bis. La problemática de dicha norma se centra en temas propios del derecho del trabajo y la seguridad social. Como un agregado aparece la mención de la familia.

Con respecto a esta parte podemos decir que se hace una enunciación de carácter general referida a la “protección integral de la familia” y por otro, se engloban aspectos relativos a la vivienda y otros referidos al ingreso del trabajador con familia.

En cuanto a la protección integral de la familia llama la atención que se habla poco de esto. ¿Qué lugar le han dado los constitucionalistas y los que se dedican al derecho de familia?

Los textos de derecho constitucional citan al art. 14 bis y comentan largamente lo que se vincula con el derecho laboral y de la seguridad social, dedican algún párrafo a esta última parte para recordar el carácter programático de la norma y para decir que los destinatarios de la protección son los integrantes de la familia y no la familia en cuanto tal².

² Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T 1, Buenos Aires, Ediar 1989, p.437 y T.III, p.228 ss. Sagüés, Néstor P. Elementos de Derechos Constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1999, p.730 ss.

Algún artículo doctrinario de derecho civil ha aparecido pero no en gran número³.

Trataremos de decir algo sobre este texto en el aspecto que nos interesa.

Es pasible de crítica desde lo formal porque introduce el tema en una disposición que se ocupa de muchas otras cosas; desde lo sustancial porque no da la noción de familia y deja de decir, por ejemplo, que la familia es una institución reconocida, no creada por el Estado, que si está fundada sobre el matrimonio constituye un bien para la familia misma, no obstante que toda familia merece protección, que el Estado debe favorecer la estabilidad familiar, tutelar la vida naciente, la niñez, la educación, asegurar una ancianidad digna y tantas otras que favorecen la familia y por lo tanto miran al bien de las personas que la integran y de la sociedad de la que forman parte.

El principio constitucional utiliza el término “Protección”. Esta palabra significa amparar, cuidar. Dice relación con alguien que está en una posición de debilidad y que merece por ello especial atención. Probablemente el término no esté empleado tanto el sentido de cuidar al débil, a una institución débil, sino de prestar atención a algo que es importante, como lo es la familia, para que no quede desatendida, desconsiderada.

Podríamos pensar en una doble protección entendida como defensa para que su ser no sufra menoscabo alguno.

Debe ser defendida del peligro externo representado por el exceso de intervencionismo estatal o de las disposiciones que pueden dañar a la familia.

Esto puede ocurrir, por ejemplo, por un exceso de judicialidad o bien por una política contra la natalidad que sanciona a aquellas familias que exceden el número de hijos establecido por el Estado. No

³ Lafiandra, Félix. La familia y el nuevo artículo de la Constitución Nacional, en LL89-823. Pettigiani, Eduardo Julio. Protección Constitucional de la familia, en Lagomarsino y Salerno (Dir.) y Uriarte (coord.) Enciclopedia de Derecho de Familia T III, Buenos Aires, Universidad, 1991/1994 p.304 quien en un extenso y provechoso trabajo señala este silencio.

parece ser ese el peligro en nuestro país con baja tasa de natalidad, pero lo damos como ejemplo.

En un sentido positivo de apuntalamiento de las familias y de la natalidad debería existir por ejemplo una política positiva que ayude a las familias en extrema pobreza y que alivie a otras de una carga impositiva sumamente pesada.

También debe defenderse del peligro interior, de los propios miembros que pueden conspirar contra el bienestar del grupo.

Uno de los problemas frecuentes, dada la cantidad de divorcios y los perjuicios que habitualmente se siguen, es la falta o el escaso cumplimiento de la obligación alimentaria. Otro es el cuidado de la vivienda familiar, el nivel legal de amparo de la misma.

¿Qué familia debe ser protegida?

Llegamos aquí a un punto bastante conflictivo en la actualidad.

En primer lugar, deberíamos llegar a una noción de familia. En segundo término, deberíamos pensar en las instituciones que subyacen a la familia: el matrimonio, su organización en lo personal y en lo patrimonial, la filiación, la responsabilidad parental. Ello sin dejar de lado las familias que no nacen del matrimonio sino de una unión convivencial que en mucho se asemejan a las que nacen del matrimonio, aunque presentan algunas diferencias en su emplazamiento y en su ruptura.

Vamos a ocuparnos primero del concepto de familia, de las distintas realidades que quedan comprendidas y del modo en que el derecho las regula, dado que las diferencias existen.

Es fácil advertir que la palabra “familia” es utilizada con mucha frecuencia en las constituciones y en las leyes, pero no siempre con el mismo alcance.

Debemos decir también que en los textos legales se habla de protección de la familia, de la vivienda unipersonal y de la vivienda familiar, de miembros de la familia, de estado de familia, de pose-

sión de estado, de deber de contribución a las cargas de familia, de empresa familiar y otras similares.

Veremos si el concepto de familia ha sido considerado en la última reforma, ya que el texto anterior no lo explicitaba.

La reforma constitucional de 1994

Esta reforma incorpora una serie de tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en virtud de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22.

Cinco de los diez tratados y convenciones internacionales que fueron incorporados se ocupan de la familia. No la definen expresamente, pero de alguna manera circunscriben la noción de familia.

Reconocen a la familia como elemento natural de la sociedad, con lo cual están diciendo que la familia es anterior al Estado y que tiene sus características propias, las que han de ser tenida en cuenta. Afirman también que la familia funda la sociedad y no al revés. Dada la importancia que le corresponde, la conclusión lógica es que debe ser protegida por el Estado⁴.

Esta primera idea es enriquecida al sostenerse que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo⁵.”

Esta afirmación vincula la noción de familia con la filiación y la responsabilidad parental. Familia es entonces ese grupo natural en el que nacen y son cuidados los hijos. Por lo tanto, la familia debe ser protegida en el momento de su constitución, en su existencia misma y en su función procreadora y educativa.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 inc. 3 y art. 17 inc. 1.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 1.

La familia es relacionada también con el matrimonio. No dice el texto que la que no nace del matrimonio no sea familia, sino que “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. Con esto se significa también el carácter natural del matrimonio, institución fundante de la familia.

Los textos traen una concatenación lógica que parte del derecho del hombre y de la mujer a casarse, para lo cual deben expresar su consentimiento, llegando así a conformar una familia en la que han de darse los hijos, que deben ser cuidados y educados por sus padres. Esta parece ser la noción de matrimonio y familia y la opción protectora enunciada por el texto constitucional y los tratados incorporados⁶.

La noción jurídica de familia en las normas civiles y en la doctrina

En los tratados de familia se suele comenzar por esta noción. En un sentido amplio abarca a aquellas personas vinculadas por la relación de parentesco. Son familiares los parientes dentro del cuarto grado para nuestro derecho en cuanto a la vocación sucesoria. Puede haber parentesco en grado más lejano pero no produce efectos jurídicos.

También se considera a la familia en sentido restringido refiriéndose al padre, la madre y los hijos que habitan con ellos. Es quizás la primera noción que viene a la mente, dado que se ha generalizado en nuestra sociedad lo que podemos llamar la familia nuclear.

Esta noción ha sido modificada en cuanto la ley actualmente permite el matrimonio de dos personas del mismo sexo, razón por la cual las voces “esposo”, “esposa”, “hombre”, “mujer”, “padre”, “madre”

⁶ Medina, Graciela. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 224.

han sido sustituidas por nociones más genéricas, como “cónyuge” y “progenitor”. Esto ha sido para abarcar todas las realidades.

De todas maneras pensamos que la familia nacida del matrimonio entre hombre y mujer sigue siendo una realidad más amplia, y que de ella surge naturalmente la procreación, razón por la cual debe ser considerada especialmente, sin modificar el paradigma existente. Ello sin perjuicio de la inclusión legal del matrimonio de dos personas del mismo sexo, que son siempre casos de excepción y responden a una realidad minoritaria, pero que en su realidad natural no están abiertas a la procreación. Los hijos en esos casos, desde lo biológico, no proceden de ambos cónyuges sino que sólo pueden serlo por el recurso a tratamientos de reproducción humana asistida, que en el caso requieren un aporte ajeno al menos a uno de los cónyuges y da lugar a otro modo de emplazamiento filiatorio.

Por eso pensamos que a la familia matrimonial no hay que definirla desde las realidades minoritarias, sino desde las mayoritarias, lo que no implica exclusión ni discriminación negativa, sino atención al tipo de familia numéricamente más considerable.

La ley 14394 en lo referido al bien de familia se limitaba a la nacida del matrimonio e incluía a descendientes, hijos adoptivos, ascendientes, y a los parientes dentro del tercer grado que vivieran con el constituyente.

El CCCN ha legislado la protección de la vivienda. Ya no alude a su carácter de familiar, aceptando la protección de la vivienda unipersonal, y en cuanto a los beneficiarios, incluye a los que ya estaban en la ley anterior y añade al conviviente, cosa que había sido aceptada por una serie de resoluciones judiciales, que al principio sólo abrieron la posibilidad al caso de los convivientes con hijos para aceptar finalmente a los convivientes aún sin hijos, entendiendo que conforman una familia. En ese espíritu el nuevo código legisló la protección de la vivienda, reconociendo implícitamente a la familia ya considerada en la ley anterior a la que sumó al conviviente como

beneficiario. Por lo tanto beneficiaria resulta la familia matrimonial y la convivencial.

El Libro Segundo dedicado a las relaciones de familia tiene el Título I referido al matrimonio, que incluye por lo tanto a la familia matrimonial y el Título III referido a las uniones convivenciales, o sea a la familia nacida de la unión de hecho con las características exigidas por las normas específicas de dicho título.

Dentro del título I, el Capítulo 7 que se ocupa de los derechos y deberes de los cónyuges se ha empobrecido sensiblemente, pero en los que nos interesa, además de mantener el deber de asistencia, en el art. 431 y el de alimentos en el art. 432, en el art. 433 da las pautas para la fijación de alimentos y en el inc. c) se refiere a la crianza y educación de los hijos, y en el inc. e) menciona la atribución de la vivienda familiar, o sea la de los cónyuges y sus hijos si los hubiere.

Lo mismo en las normas del divorcio, el art. 439 incluye el ejercicio de la responsabilidad parental en el convenio regulador, mencionando el art. 442 referido a las pautas para fijar compensación económica, igual que en el tratamiento de los alimentos, a los hijos y a la vivienda familiar. Estos dos son los términos que se reiteran en la ley.

Sería largo si quisiéramos citar todas las disposiciones que involucran a la familia aunque no la nombren expresamente.

Tanto en la filiación cuanto en la responsabilidad parental, surgen las dos familias que la ley contempla: la matrimonial y la extramatrimonial.

Como capítulo complementario al título V de la filiación dedica el Título VI a la adopción, dentro de la cual se encuentra la familia adoptiva constituida por un solo adoptante o la constituida por un matrimonio o por una pareja en unión convivencial. En este Título sólo se menciona a la familia adoptiva como distinta de la familia de origen.

Sin dejar de mencionar la ley de violencia familiar que abarca a las familias en el sentido ya expuesto, podemos sacar una primera conclusión.

La familia fundada en el matrimonio aparece extensamente tratada y considerada en las normas civiles. Es la familia que el propio Estado, en cumplimiento de su obligación constitucional de protección ordena y organiza.

Una segunda conclusión es que la familia que describen estas normas privadas no puede entenderse en un único sentido.

Veremos entonces dónde está puesto el acento y qué es lo que caracteriza a la familia.

Tanto en la constitución Nacional como en las leyes inferiores, el vínculo matrimonial hace nacer la familia. Es familia la integrada entre los esposos y lo es también la que se prolonga en los hijos. El vínculo de parentesco paterno-filial determina la existencia de la familia; esto aún en aquellos casos en los que los padres no están unidos en matrimonio.

El vínculo de parentesco se prolonga al tercer grado en algún caso y en general al cuarto grado de consanguinidad, siendo también parientes los afines.

El otro aspecto que emerge es el de la convivencia. Los cónyuges son tales por el vínculo matrimonial, a lo cual suman la convivencia, aunque no ya como obligación legal. Los hijos menores en general conviven con sus padres. Aunque con menor frecuencia otros parientes pueden convivir con ellos. De todas maneras siguen siendo hijos aunque no vivan en la casa paterna y los demás parientes son familia con prescindencia de la convivencia. Es más podríamos decir que ordinariamente no conviven bajo un mismo techo.

De los dos elementos señalados, el vínculo jurídico nacido del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales y el hecho de la convivencia, el primero parece primar. Hay familia siempre que detec-

temos la existencia de un vínculo, aunque no haya convivencia. Por el contrario, no toda convivencia indica la presencia de una familia, si bien los integrantes de la familia nuclear suelen convivir. Pero el elemento de la convivencia depende un poco de la edad de los hijos y de la situación socioeconómica. Los hijos mayores, antes de separarse de su grupo de origen para formar una nueva familia nuclear, que sigue ligada a la familia más amplia, deben poder lograrlo lo que depende de las posibilidades personales y de las circunstancias de la sociedad.

En los tiempos que corren hay quienes quieren desligar a la familia del matrimonio que le da origen. Para ello señalan que la sociedad actual presenta un número importante y creciente de parejas que viven como si estuvieran casados sin estarlo y constituyen también auténticas familias.

No cabe la menor duda que la matrimonialidad está en franca disminución. Tampoco han de dejar de ser tenidas en cuenta las familias nacidas de las convivencias no matrimoniales. Pero de allí no debemos concluir en establecer un divorcio entre el matrimonio y la familia. Todo lo contrario. El matrimonio es la institución natural y jurídica que funda la familia. En primer lugar, el matrimonio ya es familia, en segundo término, la procreación entendida como uno de los fines del matrimonio hace nacer la familia nuclear. Este matrimonio descrito como la unión del varón y la mujer, nacido del libre consentimiento, constituye el marco adecuado en el que han de realizarse los mismos cónyuges como personas llamadas a vivir el amor en unidad, exclusividad y de manera estable. En esta plenitud humana, los hijos, que son el fruto de ese amor nacen, crecen y se desarrollan como personas. Esto que constituye el bien de los esposos es también el bien de los hijos y por lo tanto el bien de la sociedad que así se gesta.

La ley argentina aceptó el matrimonio de dos personas del mismo sexo. En ellas, como ya lo hemos señalado, sólo puede verificarse como en el matrimonio heterosexual, lo que denominamos el bien de

los cónyuges, pero tienen una limitación en lo procreacional, desde la naturaleza de ambos, a lo que ya hemos aludido, sin perjuicio de la filiación que logran en ciertos casos con el auxilio de los tratamientos de reproducción humana asistida, la que reconoce el límite biológico.

La protección de la familia en las uniones convivenciales

La familia nacida de la convivencia ha permanecido durante mucho tiempo sin consideración legal específica.

La política del silencio, sin embargo, dio paso al nacimiento de normas aisladas que se refirieron a las uniones de hecho.

Fuera del ámbito del derecho de la seguridad social, que fue el primero, junto con el del derecho del trabajo que les dio acogida, también las normas del código civil anterior y leyes especiales fueron atendiendo ciertas situaciones como la excepción a la exclusión hereditaria del cónyuge mediando una unión de hecho del art. 3573 del Código Civil anterior, ley 17.711, la presunción de paternidad del art. 257, ley 23264, la mención del “ostensible trato familiar” de la ley de locaciones 23091, la ley 24417 de violencia familiar, entre otros.

Pero un tratamiento sistemático recién aparece en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro Segundo dedicado a las relaciones de familia, Título III.

Le dedica cuatro capítulos, referidos a la constitución y prueba, art. 509 a 512, pactos de convivencia art. 513 a 517, efectos durante la convivencia, art. 518 a 522 y cese de la convivencia, art. 523 a 528.

Queda claro que esto significa una atención, una protección a la familia nacida de la unión convivencial, pero evitando una gran intromisión del estado en este estilo de vida familiar en la que el acento está puesto en la autonomía de la voluntad.

El principio constitucional de protección familiar requiere en el caso de las uniones convivenciales un mayor equilibrio entre la in-

tervención del estado con sus leyes y la libertad de construcción del propio proyecto de vida familiar de las uniones de hecho.

Una de las objeciones a la regulación de estas convivencias podría sustentarse en el principio constitucional de casarse o no casarse del art. 19 de la CN.

Con tal argumento podría pensarse que quien opta por el matrimonio acepta un estatuto legal, más amplio hoy al haberse eliminado algunas obligaciones personales, salvo el deber de asistencia. Limitado un poco en lo patrimonial ya que la opción de los cónyuges es por el régimen de comunidad o el de separación. Pero con un encuadre legal que es aceptado al prestar el consentimiento ante el oficial público.

En cambio, quien decide no casarse pero vive en una situación análoga, no quiere que se le apliquen los efectos propios del matrimonio ni otros que pudiera establecer el legislador, porque esto va contra su libertad.

Las diferentes tendencias legislativas del derecho extranjero van desde una suerte de matrimonialización de la unión de hecho “a posteriori”, como es el caso de Cuba, Bolivia, Panamá, entre otros, a una posición casi abstencionista, donde las normas son circunstanciales, como ocurre en Alemania, Italia, Inglaterra, Francia⁷.

La legislación argentina parece haber tomado una vía media. No le ha otorgado a las uniones convivenciales los mismos efectos que el matrimonio pero tampoco se ha quedado en la línea abstencionista.

Ha procurado respetar el principio de libertad, pero se ha preocupado por generar instrumentos jurídicos que resulten útiles para afrontar los problemas emergentes del cese de la unión convivencial.

La nueva normativa ha previsto la posibilidad de establecer una compensación económica, como en el caso del divorcio, la atribu-

⁷ Roveda, Guillermo E. y Giovannetti, Patricia S. en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Dir. Rivera-Medina, T. II, Buenos Aires, La Ley 2014, p.257 y ss.

ción del uso de la vivienda que fue sede de la unión convivencial y la atribución de la vivienda cuando la unión ha perdurado pero cesa por la muerte de uno de los convivientes.

También ha intentado resolver el aspecto económico. Lo ha hecho o bien aplicando principios generales que procuren una solución justa sin asimilar los efectos al régimen de comunidad de bienes del matrimonio, o previendo la libertad contractual si se celebraran pactos de convivencia.

El otro principio en juego es el de la protección de la familia. Si bien el art. 14 bis de la CN no especifica qué se entiende por familia, la doctrina ha aceptado que familia es tanto la matrimonial cuanto la extramatrimonial, sin perjuicio de otros tipos de familia, como la monoparental.

Si este principio se lleva al extremo la regulación no debería presentar diferencias, de manera que tanto las uniones matrimoniales cuanto en las que no parte de un acto formal, el estado de vida a modo de matrimonio debería estar en un plano de igualdad.

Los principios siempre deben ser armonizados para que uno no excluya al otro. Siguiendo esta línea, el nuevo Código procura esperar la libertad de quien no se casa, pero inicia una vida semejante a la de los cónyuges, acordando algunos efectos durante la convivencia y fundamentalmente en caso de cese de la misma. Por otra parte, al dictar cierta normativa procura dar amparo a estas familias, aunque existan algunas diferencias entre uno y otro caso.

Ya hemos mencionado que en muy diferentes estratos sociales fueron proliferando las convivencias, ya sea como un tiempo a prueba previo al matrimonio o bien como un estilo de unión más libre, más desligada de todo formalismo y de toda regulación que no fuera la que los propios integrantes de la pareja quieran darse.

Esta nueva realidad social que ya no se mira con disfavor hizo necesaria, por una parte una nueva terminología dejando de lado la palabra concubinato, para pasar a utilizar la expresión de unión convivencial.

Pero el espectro en realidad es más amplio. Hay uniones de hecho que por no reunir los requisitos del art. 510 del nuevo código, o sea el caso de los menores de edad, a los parientes en línea recta en todos los grados o colaterales hasta el segundo grado, o los afines en línea recta, en los casos en que hubiera impedimento de ligamen o existiera otra unión convivencial inscripta, o no hubieran llegado a los dos años de convivencia, no pueden ser consideradas uniones convivenciales y no se les pueden aplicar las normas establecida para éstas últimas.

Estas uniones de hecho también constituyen una realidad social, pero así como en el matrimonio existen impedimentos legales, también se han respetado algunos parámetros similares. De todos modos lo más frecuente es el caso de las uniones de hecho en las que sólo falta la nota de perdurabilidad, o sea de los dos años.

Volviendo a las uniones convivenciales contempladas por la ley, en los fundamentos que acompañan el Anteproyecto del CCCN se dijo que "...la Reforma constitucional de 1994 implicó la aceptación de diferentes formas de organización familiar..."Desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja constituye una manda que el Anteproyecto debe cumplir. Todos estos derechos deben conjugarse y articularse de manera armónica y coherente con el régimen matrimonial".

"En la tensión entre autonomía de la voluntad...y orden público...el Anteproyecto reconoce efectos jurídicos a la convivencia de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial), que se fundan en aceptar que, en respeto por el art. 16 de la Constitución Nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia."

En los Fundamentos se expone el camino seguido. Por un lado el respeto por el principio de libertad del art. 16 de la CN y el principio de protección familiar del art. 14 bis de la CN, al que en el citado párrafo no se alude expresamente. Ambos principios deben ser armonizados.

De esa articulación surge que es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia. Por lo tanto estas diferencias no constituyen una negativa a los principios constitucionales, sino por el contrario una afirmación de ellos.

Celebramos que en los Fundamentos se haya abordado ese tema, ya que la constitucionalización del derecho privado, si fuese mal aplicada podría llevar a establecer normas iguales para realidades análogas, es decir, que presentan algunas facetas similares pero que se distancian en otros aspectos. Esto iría contra el principio de igualdad, porque el mismo se aplica ante igualdad de circunstancias y en estos casos existen importantes diferencias.

Cabe reconocer no obstante que el perfil del matrimonio del nuevo código se ha ido desdibujando con respecto al matrimonio del Código de Vélez, de la Ley 2393 y de la misma Ley 23515. Un enorme quiebre se produjo con la sanción de la Ley 26618 que aceptó el matrimonio de dos personas del mismo sexo.

El nuevo código partió de lo que ya había sido aprobado por la legislatura nacional y, por ende, reconoció una nueva noción de matrimonio. En consecuencia, las diferencias entre el matrimonio y las uniones convivenciales también se fueron esfumando, salvo en los efectos patrimoniales y fundamentalmente respecto al derecho sucesorio.

El nuevo código ha respetado en este aspecto el principio de libertad, dado que la decisión de no casarse no es indiferente y el hacerlo implica aceptar una serie de normas a las que no se ve obligado quien no se casa.

El principio de libertad implica también el que no se produzcan efectos patrimoniales no deseados, ya que la convivencia no requiere

necesariamente un compartir los bienes, salvo en la medida en que la misma convivencia lo exige.

Por otra parte, siempre debe regir el principio de justicia de manera que la cesación de la convivencia no genere un grave perjuicio para los convivientes, si bien quien está en este tipo de unión acepta que se le puede poner fin unilateralmente y sin intervención del Poder Judicial.

En síntesis, la contemplación legislativa de estas uniones resulta adecuada y su no equiparación con el matrimonio es constitucionalmente válida.

Los principios de igualdad y solidaridad

Con prescindencia de lo que constituya el proyecto de vida común, según lo acuerden los convivientes, existen unas normas que son protectoras de la familia convivencial, o sea de los que la integran, al marcar en pocas disposiciones los principios que deben ser respetados.

Según el art. 519 “*Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia*”. Encontramos un paralelismo con las obligaciones personales en el matrimonio.

Según la doctrina lo ha entendido, la asistencia comprende un aspecto moral, o sea el apoyo, la ayuda, el estar al lado acompañando y socorriendo en las necesidades humanas del otro y un aspecto material referido a la ayuda económica que se materializa en el suministro de alimentos.

El aspecto moral es difícil de sintetizar. En realidad podíamos decir que consiste en procurar al otro todo aquello que le hace falta, todo lo que uno espera recibir del otro y también está obligado a dar para procurar su felicidad.

Este aspecto puede cumplirse en la medida en que se sostiene una buena convivencia. Si ella cesa obviamente el proyecto de vida en común se ve truncado y ninguno se preocupa demasiado por el bien de quien fuera su pareja conviviente.

El aspecto material se traduce en la prestación alimentaria. En esto coincide con la que es claramente una obligación en el matrimonio, trasvasada a la unión convivencial por el principio de solidaridad. Pero hay una diferencia fundamental y es que esta obligación sólo es exigible durante la convivencia, mientras que en el matrimonio esa obligación se mantiene durante la separación de hecho y en casos excepcionales incluso con posterioridad al divorcio.

No se advierte que sea fácilmente exigible por estar ligada a la continuación de la convivencia.

El deber de contribución que no estaba claramente regulado en materia matrimonial está contemplado en el art. 455 con respecto al matrimonio y en el art. 520 dice “Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455”.

El deber de contribución se basa en la solidaridad que debe imperar en la familia y en la igualdad, ya que sobre ambos convivientes recae la obligación.

El alcance de este deber es más amplio que el de suministrar alimentos. En un sentido se superponen estos deberes, pero la contribución se extiende a las necesidades del hogar, expresión que abarca las necesidades para la subsistencia de los que lo integran. Quedan incluidos los familiares a cargo de uno de los convivientes que vivan con ellos. También quedan comprendidos los gastos que la vivienda ocasiona, como la conservación, los servicios, expensas, alquileres cuando el bien no pertenece a los integrantes de la pareja, entre otros.

El deber de contribución comprende a los hijos comunes vivan o no con ellos hasta la mayoría de edad y se prolonga hasta los 21 años salvo que puedan proveerse por sí mismos, art. 658 o hasta los 25 años mientras estudien o se capaciten, art. 663.

El caso de los hijos de uno de los convivientes es diferente. Para que exista un deber de contribución deben vivir en el hogar común y ser menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

Cada uno debe contribuir en proporción a sus recursos y esto comprende tanto el dinero cuanto la atención personal del hogar en la forma que cada pareja acuerde.

El incumplimiento da derecho al ejercicio de una acción de reembolso para el caso que el conviviente hubiera rehusado su contribución.

Estas normas conforman una suerte de orden público de la unión convivencial, las que deben ser respetadas incluso si se celebran pactos de convivencia según el art. 515.

Protección de la vivienda en las uniones convivenciales inscriptas

El único efecto patrimonial en ausencia de pacto surge del art. 522 que en su primer y segundo párrafo dice: *“Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.*

Si no media autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia.”

La aplicación de esa norma supone el cumplimiento de varios requisitos.

En primer lugar debe tratarse de una unión convivencial inscripta.

Esto es importante porque si bien la unión convivencial puede probarse por cualquier medio de prueba, según el art. 512, la mención del art. 522 aclara que existen dos tipos de uniones convivenciales: las no inscriptas, que son mayoría, y las inscriptas. En este punto puede haber confusión y quizás algunos piensan que la registración, sólo a los fines probatorios del art. 511 se ordena sólo a facilitar la prueba de su existencia. Pero no es así. Ciertamente la inscripción constituye plena prueba, pero además inserta a la unión convivencial en una categoría distinta en cuanto a los efectos que produce sobre la vivienda familiar y la inejecutabilidad de la misma.

En segundo lugar, ha de referirse a la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta.

En tercer lugar, el asentimiento debe ser presado por el conviviente y ante su imposibilidad o negativa del juez podrá otorgar la autorización supletoria siempre que el interés familiar no se encuentre comprometido.

La mención del interés familiar, que no es un interés puramente económico, conecta con el principio de protección de la familia.

No intentamos analizar acá la disposición sino esclarecer de qué manera el principio constitucional de protección de la familia se concreta en este aspecto relativo a la vivienda familiar.⁸

El que se haya restringido la protección de la vivienda a las uniones convivenciales inscriptas tiene su fundamento a nuestro entender en dos cosas: la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica.

Se funda en la autonomía de la voluntad puesto que el efecto de la inscripción para el titular del bien consiste en restringir su poder dispositivo si el mismo es asiento del hogar convivencial.

Encontramos cierta analogía con el régimen de protección de la vivienda, antes conocido como afectación a bien de familia. Esta afectación al régimen de protección ampara al bien respecto a los

⁸ Para un análisis más profundo de la disposición cf. nuestro *Uniones no Matrimoniales*, El Derecho, Buenos Aires 2016, p.146 a 153.

acreedores posteriores a la inscripción, lo que es positivo, pero hace que el bien no sea considerado apto para la obtención de un crédito quirografario.

La inscripción de la unión convivencial también restringe la disposición de los derechos sobre la vivienda, lo que es un límite para quien es el dueño, pero también la hace inejecutable por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, “excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”, según reza el tercer párrafo del art.522 in fine.

El otro fundamento de la limitación de la protección del art. 522 es el de la seguridad jurídica. La inscripción otorga una publicidad registral que permite a los terceros tomar conocimiento claro de esa situación⁹.

Atribución de la vivienda por cese de la convivencia

El tema está tratado considerando dos aspectos: el cese de la convivencia en caso de ruptura y el cese de la convivencia por la muerte de uno de ellos.

El art. 523 fija los casos posibles de cese de la convivencia. Al referirnos a la ruptura dejamos afuera el supuesto de cese por el matrimonio de los convivientes entre sí, art. 523 inc. d en que no hay ruptura alguna y el cese por causa de muerte de uno de ellos.

Atribución del uso de la vivienda familiar

Está previsto como modo de dar solución a uno de los problemas más frecuentes en caso de conflicto.

⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora. Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, Tomo II, p.155.

Esa atribución puede formar parte del contenido de un pacto entre convivientes, si lo hubieran previsto, o bien puede surgir de un acuerdo cuando se ha generado la crisis que lleva al cese de la unión.

A falta de pacto rigen las disposiciones del art. 526 para la atribución del uso las que pueden ser tenidas en cuenta por los interesados si llegan a un acuerdo o bien constituyen las pautas para la resolución judicial.¹⁰

La norma ha venido a llenar un vacío legal para encontrar soluciones análogas a las que se dan en caso de divorcio, con una disposición expresa que difiere en algún punto del tratamiento en la crisis matrimonial.

Atribución de la vivienda en caso de muerte

Se trata del caso de la muerte del conviviente que es titular del bien que ha sido sede de la vivienda familiar. Anteriormente cuando ocurría este hecho el conviviente quedaba totalmente desprotegido, salvo que el causante hubiera efectuado alguna manda testamentaria.

El art. 527 establece lo siguiente: *“El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.”*

Nace así un derecho a favor del conviviente que es *“iure proprio”*. Se ha sostenido que se adquiere *“ipso iure”*, es decir, sin necesidad de petición judicial en virtud de lo establecido en el art. 1894. Este

¹⁰ Capparelli, Julio C., op.cit. p.168 a 172.

último artículo a su vez establece que “*se adquiere por mero efecto de la ley...la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite...*”

Es de hacer notar que si bien este derecho surge de la ley no opera en forma automática.

Hay una diferencia entre el art. 2383 referido al derecho real de habitación del cónyuge supérstite que lo tiene de pleno derecho y el art. 527 que dice que el conviviente supérstite “*puede invocar el derecho real de habitación gratuito*”.

Hay requisitos con respecto al bien objeto del derecho real. Debe tratarse de un bien de titularidad del conviviente fallecido que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas. Debe entenderse con terceras personas porque si se tratara de un condominio con el propio conviviente supérstite le corresponderían los derechos como condómino.

Debe haber sido el último hogar familiar de los convivientes. El supérstite debe carecer de otros bienes inmuebles o de bienes suficientes para acceder a una vivienda, es decir que este derecho ampara al conviviente desprotegido.

Es gratuito, pero a diferencia del derecho del cónyuge supérstite, está sometido al plazo de dos años, con prescindencia de la duración de la unión convivencial.

El derecho es oponible a herederos y legatarios por la publicidad que surge del expediente sucesorio. En cuanto a otros terceros resulta oponible a partir de la inscripción.

Habría más cosas que comentar, pero nos basta con señalar esta previsión legal como institución de amparo del conviviente supérstite que se encuentra dentro de lo establecido por la norma.

En este caso la protección de la familia subsiste mientras se cumple el plazo previsto a favor de quien hubiera participado de este proyecto de vida en común como unión convivencial.

Conclusión

A modo de conclusión podemos afirmar que estas normas tuitivas se amoldan al principio constitucional de protección de la familia armonizando con los demás principios de autonomía de la voluntad, igualdad y solidaridad.

Establecen diferencias con respecto al matrimonio y también diferencias entre las uniones convivenciales no inscriptas y las inscriptas, todas ellas justificadas por las razones que hemos expuesto.

Nos parece importante el tener presente estas cosas para no pretender aplicar normas propias del matrimonio a las uniones convivenciales que presentan muchas semejanzas, pero también aristas bastante diversas, no siendo aplicables las disposiciones del matrimonio por vía analógica a las uniones convivenciales.

También resulta útil el distinguir entre las uniones de hecho, cuyos pocos efectos legales quedan fuera de la previsión de las uniones convivenciales,¹¹ las uniones convivenciales no inscriptas, cuyos efectos, salvo existencia de pactos, son pautados por la ley y las uniones convivenciales inscriptas que tienen dentro de su rango la máxima cobertura legal.

¹¹ Hemos tratado esta cuestión en *Uniones no Matrimoniales*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, cap.IV al VII, p. 29 a 89.

Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino

por Siro M. A. De Martini¹

Cuando en la mañana del sábado 12 de septiembre de 2015 unos transeúntes vieron que en el semáforo ubicado en la intersección de bulevar San Juan y Obispo Trejo de la ciudad de Córdoba, la esquemática figura del hombrecito había sido sustituida por una no menos esquemática figura de mujer, no podían saber que se encontraban frente a un hecho de pretensiones revolucionarias.

Este llamado “semáforo igualitario” podría ser calificado de muchos modos –no siempre halagüeños– si se lo analiza en su realidad objetiva, pero conviene detenerse en los fundamentos que tuvieron los cordobeses para modificar de este modo su sistema de señalización peatonal. En efecto, en palabras de la concejal Miriam Acosta, autora del proyecto, “si logramos ver a la mujer en la ciudad, la

¹ Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de junio de 2016.

mujer comienza a tomar un rol protagónico y a verse distinta. Va a disminuir la violencia que se ejerce sobre ella por este sistema patriarcal que viene desde hace años”².

De inmediato surgen algunas preguntas: ¿Qué es esto de “sistema patriarcal”? Según el DRAE, “patriarcal” dice relación a “patriarca”, que es la “persona que por su edad y sabiduría ejerce autoridad en una familia o en una colectividad”. En una segunda acepción, si se lo refiere al poder, significa que este es “ejercido autoritariamente bajo una apariencia paternalista”. No parece que el Concejo Deliberante cordobés haya tenido la intención de referirse de ninguna de estas dos formas a sus gobernantes. Pero además, ¿por qué este sistema patriarcal –sea lo que fuere– ejerce violencia sobre la mujer? Por fin, ¿por qué esa violencia va a disminuir “si logramos ver a la mujer en la ciudad”, si “la mujer comienza a tomar un rol protagónico y a verse distinta”?

En este ejemplo francamente menor aparecen, sin embargo, algunas características que suelen acompañar a la ideología de género: la vida social entendida en clave de confrontación entre varón y mujer; la generación histórica de sistemas de dominación de la mujer por medios violentos (en un sentido sumamente amplio de la palabra); la resignificación de términos de uso común; o la modificación del lenguaje simbólico.

El propósito de esta comunicación es analizar los orígenes y significado de las principales líneas de pensamiento de la ideología de género, para mostrar luego como esta ideología ha penetrado nuestro orden jurídico y, antes de él o junto con él, nuestra vida social y cultural, ante la indiferencia, apatía y, algunas veces, desconocimiento, de la mayor parte de la población.

² En Infobae del 13/9/15. La experiencia tiene antecedentes en otros países como Alemania y Holanda.

Digamos para empezar que la ideología de género es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical³ o de género en las últimas décadas, con una singular eficacia.

Christina Hoff Sommers fue quien acuñó la fórmula “feminismo de género” para distinguirlo del “feminismo de la equidad”⁴. Este último, sumamente conocido, es el que ha bregado a lo largo de los tiempos por la igualdad moral y legal de los sexos. El feminismo radical, en cambio, es una ideología, es decir, un “un sistema cerrado de ideas que se postula como modelo según el cual ha de reestructurarse toda la vida humana en sociedad”⁵, totalitario –en el doble sentido de que en su pretensión por imponerse no admite contradictores, y en cuanto supone abarcar toda la realidad–, y con una matriz de pensamiento marxista. Esta última característica abarca, en rigor, las dos anteriores.

Como veremos, el feminismo de género interpreta la diferencia entre varón y mujer como de oposición mutua e irreductible, y en una permanente e inevitable confrontación. En esta confrontación pueden fácilmente seguirse los pasos de afirmación o tesis, negación de la afirmación o antítesis, y síntesis o negación de la negación, propios del modo dialéctico de entender la realidad por parte del marxismo⁶. En rigor, el feminismo reemplaza clase social por tipo de sexo, producción por reproducción, explotación del proletariado por explotación de la mujer, trabajo por sexualidad. Y si el marxismo sueña con un mundo en el que desaparecerán las clases sociales y cada cual se ocupará de lo que quiera ocuparse, el feminismo de género sueña con un mundo en el que desaparecerán los sexos y, como

³ Radical en el sentido de raíz, desde la raíz.

⁴ En “Who stole Feminism?” Simon & Schuster, Nex York, 1997.

⁵ WIDOW, Juan A., “La corrupción ideológica del lenguaje en las ciencias prácticas”, Revista Internacional de Filosofía Práctica “Circa humana Philosophia”, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2003, T. I, pág. 59.

⁶ Mi trabajo “Raíces ideológicas de la perspectiva de género”, en Prudentia Iuris, publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 75, 2013, págs. 67-89, está estructurado siguiendo estas tres fases del pensamiento de Marx.

veremos, aun los géneros. Las diferencias en la praxis revolucionaria son, por supuesto, muchas; pero el modo de entender la realidad, la estructura de su pensamiento, la lógica argumental, la metodología de análisis, son las mismas⁷.

Creo que en el camino que conduce a la formulación de la ideología de género por parte del feminismo radical, pueden reconocerse cuatro hitos correspondientes a cuatro pensadores. Son ellos Federico Engels, Simone de Beauvoir, Kate Millet y Shulamith Firestone. Me referiré brevemente al núcleo de su pensamiento en cuanto expresión de una etapa del camino.

En “La Ideología Alemana”, Marx y Engels, en una concepción algo excesiva del trabajo, habían dicho que, originariamente, la división del trabajo no pasaba de la división del trabajo en el acto sexual⁸. Y, si bien en su pensamiento la división del trabajo siempre implica confrontación, lo cierto es que la idea no la desarrollaron en ese momento.

Ya muerto Marx, Engels escribió y publicó en 1884 “El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado”. En esta obra, suerte de ejecución del testamento intelectual de Marx⁹, se encuentra el primer y nunca abandonado –aunque sí criticado– fundamento de lo que luego sería el feminismo radical y, en última instancia, la ideología de género.

La idea central –ciertamente no probada por el autor– es que la abolición del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino. A partir de entonces, el hombre tuvo todo el control. La mujer fue envilecida, dominada, transformada en esclava de su pla-

⁷ Una buena síntesis de similitudes y diferencias, y de críticas mutuas, desde una común concepción de pensamiento puede leerse en el primer capítulo (“El problema del marxismo y del feminismo”) del libro de Catharine A. Mac Kinnon: “Hacia una teoría feminista del Estado”. Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, España, 1989.

⁸ “La ideología alemana”. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, Uruguay, 1974, p. 32.

⁹ Engels, Federico: “El origen de la Familia, de la propiedad privada y del Estado”. Ed. Claridad. Bs. As., 1964, p. 7.

cer y en simple instrumento de reproducción”¹⁰. Engels va a sostener que la monogamia inauguró una etapa radicalmente distinta en la relación entre el varón y la mujer: a partir de su instauración, y en permanente continuidad hasta nuestros tiempos, la monogamia implicó una suerte de esclavitud, de total sometimiento de la mujer por parte del varón. Y con ello, el comienzo y la permanencia de un conflicto entre ambos sexos. “El primer antagonismo de clases que apareció en la historia –son sus palabras– coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en la monogamia; y la primera opresión de clases, con la del sexo femenino por el masculino”¹¹.

Esta singular coincidencia o identificación de la lucha de clases sociales o, con más precisión, del sometimiento de una clase bajo el poder de otra, con el enfrentamiento entre los sexos, y la esclavización de la mujer por parte del hombre, tendrá sin dudas consecuencias perdurables. Por la pronto, implica afirmar que la situación de la mujer como objeto de placer y mero instrumento de reproducción es inevitable mientras exista matrimonio monógamo. Pero lo que resulta más significativo aún, es que la idea de Engels importa radicar la lucha de clases en la existencia del matrimonio. Dicho de otro modo, mientras exista el matrimonio tal como lo conocemos en Occidente, el estado de confrontación familiar y social, es inevitable. El mismo Engels se hace cargo parcialmente de esta consecuencia al escribir que “el hombre es en la familia el burgués; la mujer representa en ella el proletario”¹².

Allí detuvo Engels su pensamiento sobre esta cuestión. Quizás le haya parecido ya demasiado forzado seguir su desarrollo por el camino lógico al que estaba necesariamente destinado. Esto es, que si el hombre representa al burgués en el matrimonio, la mujer (el proletariado) tiene que haber surgido como su antítesis, como un ente generado por la misma realidad del hombre. Y que la confron-

¹⁰ *Idem*, p.65.

¹¹ *Idem*, p.74.

¹² *Idem*, p. 84.

tación a la que ambos están destinados tiene que pasar por una etapa de violencia, de dictadura de la mujer para concluir, por fin, en una nueva y feliz humanidad sin sexos. Quizás fuera el mundo el que no estaba preparado para oír semejantes cosas. Tuvieron que pasar unas décadas hasta que hiciera su aparición la filósofa existencialista, atea y marxista Simone de Beauvoir.

En “El segundo sexo”, obra escrita en 1949, de Beauvoir llega hasta algunas de aquellas conclusiones que Engels no había podido o querido alcanzar: la mujer, esto que llamamos mujer, es un segundo sexo, un ser inferior construido por el hombre; un objeto pasivo sin libertad. “Desde los primeros tiempos –escribe– los hombres consideraron útil mantener a la mujer en un estado de dependencia: establecieron códigos contra ella y así la constituyeron como lo Otro, lo cual servía a sus intereses económicos, pero también a sus pretensiones ontológicas y morales”¹³.

Tal como había sostenido Engels, las instituciones que creó el hombre para someterla, para hacer de ella lo que hoy conocemos como mujer, han sido el matrimonio y la familia. Porque a través de ellos ha sido posible relegarla a la maternidad. Hay que ver que para de Beauvoir, las actividades de procreación y maternidad son actos repetitivos que impiden trascender, que la hacen pasiva, que no la diferencian de los animales. Engendrar, amamantar, dirá, no constituyen actividades, son funciones naturales; ningún proyecto les afecta; por eso la mujer no encuentra en ello el motivo de una altiva afirmación de su existencia; sufre pasivamente su destino biológico. Las faenas domésticas a que está dedicada, puesto que son las únicas conciliables con las cargas de la maternidad, la confinan en la repetición y la inmanencia; son faenas que se reproducen día tras día, bajo una forma idéntica que se perpetúa casi sin cambios siglo tras siglo; no producen nada nuevo¹⁴.

¹³ Beauvoir, Simone de: “Le deuxième sexe”. Gallimard, Paris, 28° Edición, 1949, T. I, p.231.

¹⁴ *Idem*, p. 110.

Nuestra autora reconoce que hay, al menos en la base de este segundo sexo que el varón ha históricamente construido, una realidad biológica. Por eso escribe, refiriéndose a la mujer, que “su desgracia consiste en haber sido biológicamente destinada a repetir la Vida, cuando a sus ojos la Vida no lleva en sí sus razones de ser y cuando esas razones son más importantes que la vida misma”¹⁵. Es curioso que esas razones que están por encima de la vida y la justifican, la lleven a una suerte de envidia de lo masculino, a un nada disimulado deseo de que la mujer sea como el hombre. Así, escribe: “La peor maldición que pesa sobre la mujer es hallarse excluida de esas expediciones guerreras; no es dando vida, sino arriesgando la propia, como el hombre se eleva sobre el animal; por ello en la Humanidad se acuerda la superioridad, no al sexo que engendra, sino al que mata”¹⁶.

Pero si Simone de Beauvoir ha sido tan importante para la historia del feminismo radical, es porque no se detiene ni en el condicionamiento biológico ni en la construcción histórico-cultural a través de la cual los varones han creado este segundo sexo. Por el contrario, su propuesta es una liberación de ese estado de opresión. ¿Cómo lograrlo? Construyéndose de otro modo a sí misma, modo que ha de tener como característica central la liberación de la maternidad.

“On ne naît pas femme: on le devient”. Uno no nace, sino que se hace mujer¹⁷. He ahí, en una síntesis que nunca dejará el feminismo de repetir, lo que se anuncia como el camino único que conduce a la liberación revolucionaria: la mujer debe construirse a sí misma. Lo cual supone la ruptura con los determinismos biológicos y con lo que el hombre, a lo largo de la historia, ha construido y llamado mujer. Por supuesto que la frase es una expresión fiel de la filosofía existencialista y, por ello, podría decirse de todo ser humano, con todo tipo de consecuencias. Pero la realidad es que con ella de Beauvoir

¹⁵ *Idem*, p.112.

¹⁶ *Idem*, p. 111.

¹⁷ *Op.cit*, T. II, p. 13.

apunta a la autoconstrucción de la mujer y así ha sido entendida por sus miles de seguidoras y admiradoras.

Uno no nace, sino que se hace mujer. De este modo aislado, casi como un slogan, es que suele citarse la frase de de Beauvoir. Sin embargo, para hacernos una idea algo más completa de su significado hay que analizar el párrafo con el que se continúa y completa. En efecto, el texto completo es: “Uno no nace, sino que se hace mujer. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. Hasta los doce años, la niña es tan robusta como sus hermanos y manifiesta la misma capacidad intelectual; no existe ninguna esfera en donde le esté prohibido rivalizar con ellos. Si, mucho antes de la pubertad, y a veces incluso desde su más tierna infancia, se nos presenta ya como sexualmente especificada, no es porque misteriosos instintos la destinen inmediatamente a la pasividad, la coquetería y la maternidad, sino porque la intervención de otro en la vida del niño es casi original y porque, desde sus primeros años, su vocación le ha sido imperiosamente insuflada”¹⁸.

Es decir, a) la mujer es un producto intermedio entre el macho y el castrado; b) es la civilización quien ha elaborado este producto, c) la misma civilización –es decir, los hombres– es quien la fuerza a ser lo que es, d) lo que especifica esta femineidad construida es la pasividad, la coquetería y la maternidad, e) la mujer tiene todas las condiciones para ser como el varón.

En Engels resaltábamos la concepción de la relación entre el varón y la mujer como una lucha de sexos coincidente con la lucha de clases, y el sometimiento y explotación de la mujer por parte del varón como algo análogo a la explotación del proletariado por parte de la burguesía. Esta situación aparece como una consecuencia inevitable del matrimonio monógamo. En Simone de Beauvoir, que

¹⁸ *Idem*, p. 13/4.

sigue críticamente a Engels, aparece la idea de que la mujer no sólo ha sido sometida por el hombre y la civilización que éste ha creado, sino que ha sido construida como un producto ciertamente deforme, como un ente puramente pasivo. Pero a la vez aparece la clave para su liberación y para que pueda hacer de sí misma un nuevo ser similar al hombre; esa clave es también la condición imprescindible para el salto revolucionario y se trata, como hemos visto, de liberarse de la maternidad. Lo demás –matrimonio, familia y la moral y la religión tradicionales que también de Beauvoir menciona–, no son más que los medios históricos, los instrumentos de los que el hombre se ha valido para la dominación.

No debemos dejar de destacar, para que luego se nos haga más evidente el progreso ideológico que supuso la perspectiva de género, que de Beauvoir entiende sólo a la mujer (y al matrimonio y a la familia) como construcción cultural, no así al hombre. Y, por otra parte, que el panorama que nos presenta es el de la alternativa entre la mujer –ente intermedio entre el macho y el castrado, ser pasivo y frustrado– producida por el hombre, es decir, la mujer tal como la conocemos; y ese nuevo ser (también llamado mujer), caracterizado por su liberación de la maternidad, del trabajo doméstico, del matrimonio y la familia; de la cual lo único que sabemos es que se construirá a sí misma.

Me ha parecido que un tercer hito en el desarrollo del feminismo radical debe llevar el nombre de Kate Millet, quien ganó una extraordinaria fama con la publicación, en 1969, de su libro *Política Sexual* y con su activismo feminista lesbiano. Millet es quien se vale de la palabra “patriarcado” para designar el sistema de opresión y explotación de la mujer que, de distintos modos, habían descrito Engels y, sobre todo, Simone de Beauvoir. Pero si su pensamiento implica un notable progreso en el sendero de la revolución es sobre todo por el análisis de dos ideas: la primera es que el patriarcado es el sistema de dominación básico sobre el que se asientan todos los

demás sistemas¹⁹. La segunda es que toda relación sexual es política en tanto implica una relación de poder. Como es de imaginar, ambas ideas tendrán profundas consecuencias. Por una parte, si la relación sexual es una relación política, la conquista del poder (en sus más diversos aspectos) debe llevarse a cabo a través del sexo, es decir, de una revolución sexual. Por el otro, esta revolución debe extenderse de modo transversal a todas las instituciones sociales ya que, como hemos visto, todos los sistemas de dominación están íntimamente ligados y dependen del sistema de dominación que está en la base de todos ellos que es el patriarcado. Pero, además, al ser el patriarcado el sistema de dominación fundamental, radical, la única revolución que tiene sentido es aquella que busca la destrucción del patriarcado. Efectivamente, si se lo destruye se destruirán a la vez y necesariamente todos los demás sistemas de dominación.

La teoría del patriarcado implica, por cierto, la idea proveniente de Simone de Beauvoir, de que lo femenino, la mujer tal como la concebimos, es un género inferior creado por aquel sistema de dominación.

Pero avanzando un enorme paso más dentro de esta doctrina, se afirmará que la heterosexualidad no es tampoco una realidad dada o natural, sino una construcción cultural del patriarcado; un artificio, en suma, para el control de las mujeres.

Adrienne Rich escribirá: “la heterosexualidad es algo que ha tenido que ser impuesto, gestionado, organizado, propagado y mantenido a la fuerza”²⁰.

Vale la pena detenerse a reflexionar sobre esta afirmación que luego será asumida y difundida por la ideología de género: si la heterosexualidad no es una realidad natural sino una construcción social —que conlleva, además, un propósito de dominación social y políti-

¹⁹ En Poole, Diego: “El derecho de la Nueva Ciudadanía”. En www.eticayderecho.com/Tema10_NuevaCiudadania.pdf

²⁰ En “Sangre, pan y poesía”. Icaria, Barcelona 2001, pág. 41,

ca– no existe ya ninguna base natural en la cual se pueda afirmar el matrimonio y, por consiguiente, la familia²¹.

En cuarto lugar –y para terminar de describir las bases de sustentación doctrinaria del feminismo radical a partir de las cuales se desarrollará la ideología de género– hay que referirse a Shulamith Firestone y a su libro, publicado en 1970, “La dialéctica del sexo”.

Aunque sus ideas se encontraban en germen en sus antecesores, con Firestone se produce una radicalización del pensamiento y de las propuestas feministas.

Su misma idea del feminismo es profundamente revolucionaria. Para ella el objetivo del feminismo es cambiar la misma realidad biológica. Su cuestionamiento se dirige a toda la cultura occidental y, aún más allá, a la misma organización de la cultura e, incluso, a la organización de la naturaleza²².

Es un error, dirá, tratar de explicar la opresión de la mujer a través de la interpretación económica de la historia ya que se trata de algo más profundo, hay todo un sustrato sexual en la dialéctica histórica marxista que Engels no pudo percibir, precisamente porque solo podía ver la sexualidad a través del filtro económico propio del pensamiento marxista²³.

La centralidad de la cuestión sexual y de la noción de clase sexual resulta para Firestone de una profundidad tal que puede resultar invisible y, ciertamente, va más allá de un tema de inequidad o de reforma social. Se trata de algo que las categorías tradicionales (como la de “política” u otras similares) no pueden abarcar porque las sobrepasa a todas. De hecho, la cuestión de la confrontación sexual es anterior a la de lucha de clases sociales.

²¹ En mi artículo: “Raíces ideológicas...”, cit., p. 76/7.

²² Firestone, Shulamith: “The dialectic of sex”. Quill, William Morrow, New York, 1970, p. 12. El texto original es “feminist have to question, not just all of Western culture, but the organization of culture itself, and further, even the very organization of nature”.

²³ *Idem*, p. 12 y 14.

En el terreno de la praxis revolucionaria utiliza pedagógicamente el símil de la revolución política marxista, y los pasos y acciones que propone son a la vez una explicitación y una profundización de todo lo que hemos visto. Por supuesto que el punto central de todo su programa seguirá siendo el mismo de todo el movimiento al que pertenece, esto es, la liberación de la maternidad.

En un texto clave en el que nuestra autora expresa lo que acabamos de decir (junto con algunas profecías y utopías), podemos leer:

Así como para asegurar la eliminación de las clases económicas se requiere la sublevación de la clase dominada (el proletariado) y, a través de una temporaria dictadura, su apoderamiento de los medios de producción; del mismo modo, para asegurar la eliminación de las clases sexuales se requiere la sublevación de la clase dominada (las mujeres) y su apoderamiento del control de la reproducción. Es decir, no solo la completa restauración a las mujeres de la propiedad sobre sus propios cuerpos sino, también (temporariamente), su apoderamiento del control sobre la fertilidad humana, incluyendo tanto las nuevas tecnologías como todas las instituciones sociales de nacimiento y cuidado de niños. Y así como la meta final de la revolución socialista era no solo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, la meta definitiva de la revolución feminista debe ser no solo la eliminación del privilegio masculino sino la distinción de sexos misma: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarán más culturalmente. Una vuelta a un libre pansexualismo probablemente reemplazará la hetero/homo/bi-sexualidad. Por fin, la reproducción de la especie hecha por un sexo en beneficio de ambos será reemplazada por la reproducción artificial. Y la tiranía de la familia biológica será destruida y con ella, la psicología del poder²⁴.

²⁴ *Idem*, p. 19: "So that just as, to assure elimination of economic classes requires the revolt of the underclass (the proletariat) and, in a -temporary dictatorship, their seizure of the means of production, so to assure the elimination of sexual classes requires the revolt of the underclass (women) and the seizure of control of reproduction: not only the full restoration to women of ownership of their

Creo que podríamos destacar los principales puntos de este riquísimo e influyente pensamiento del siguiente modo:

a) En una perfecta continuidad con la idea de Engels de que las mujeres son el proletariado y el varón la burguesía, la revolución feminista exige los mismos pasos que la revolución política. El alzamiento del proletariado es la sublevación de las mujeres; el apoderamiento y control de los medios de producción tiene su equivalente en el control de los medios de reproducción; y la eliminación de las clases sociales es figura de la eliminación de las clases sexuales. Ahora, hay que retener que para Firestone, como para el feminismo radical en general, la verdadera y posible revolución es ésta y no la política. O, quizás mejor, ésta –la revolución feminista– es la auténtica revolución política.

b) Como hemos visto, Firestone no se limita a proponer el control de la reproducción, sino que explica su significado y el modo de lograrlo. Restauración a las mujeres de la propiedad sobre sus propios cuerpos, apoderamiento del control sobre la fertilidad humana. ¿Tiene esto un significado real?, ¿es posible?

No tendría sentido pretender determinar con precisión la relación causal que pueda existir entre las ideologías dominantes y el desarrollo científico. Pero creo que no puede dudarse que la ciencia es hija de su tiempo y las necesidades o exigencias sociales que se perciben

own bodies, but also their (temporary) seizure of control of human fertility - the new population biology as well as all the social institutions of child-bearing and child-rearing. And just as the end goal of socialist revolution was not only the elimination of the economic class privilege but of the economic class distinction itself, so the end goal of feminist revolution must be, unlike that of the first feminist movement, not just the elimination of male privilege but of the sex distinction itself: genital differences between human beings would no longer matter culturally. (A reversion to an unobstructed pansexuality Freud's 'polymorphous perversity' - would probably supersede hetero/homo/bi-sexuality.) The reproduction of the species by one sex for the benefit of both would be replaced by (at least the option of) artificial reproduction: children would born to both sexes equally, or independently of. either, however one chooses to look at it; the dependence of the child on the mother (and vice versa) would give way to a greatly shortened dependence on a small group of others in general, and any remaining inferiority to adults in physical strength would be compensated for culturally. The division of labour would be ended by the elimination of labour altogether (through cybernetics). The tyranny of the biological family would be broken”.

en el ambiente determinan, hasta cierto punto, el rumbo que toman los científicos en sus investigaciones y la técnica en su desarrollo. A esto debe agregarse, como dato nada menor, la provisión de mayores recursos económicos para aquellas áreas que política-ideológicamente se consideran prioritarias. Es decir que, en una época marcada por las revoluciones sexuales, la liberación femenina, la revolución feminista y el permanente avance en la cultura occidental de los movimientos homosexuales, no es extraño que hayan tenido un colosal progreso los descubrimientos y desarrollo de técnicas anticonceptivas y de reproducción humana artificial. Por supuesto que nuestra época está también marcada por el relativismo, el subjetivismo, la libertad entendida como norma moral y jurídica; y, por cierto, también, que las técnicas mencionadas sirven a muchos otros propósitos que poco o nada tienen que ver con nuestro tema. Pero es un hecho que pusieron a disposición del feminismo instrumentos que, en el plano cultural y en el de la praxis, permitieron un gran avance en el logro de sus objetivos.

Porque desde un punto de vista feminista, estas técnicas aparecen como doblemente revolucionarias. En primer lugar, porque los anticonceptivos permiten disociar la procreación del placer sexual, y la fecundación artificial, la reproducción de la relación sexual.

En segundo término, –y con esto volvemos a Firestone– porque ambas técnicas permiten un real apoderamiento y control de la reproducción por parte de la mujer y, de este modo, una liberación de la maternidad. En efecto, los anticonceptivos ponen en manos de la mujer la decisión de no tener hijos o de tenerlos cuando a ella le parezca, con o sin conocimiento de su pareja permanente u ocasional. La fecundación artificial permite el control casi total sobre la reproducción ya que, por un lado, la mujer puede tener un hijo sin necesidad siquiera de pasar por una previa relación sexual con un varón y, por otro, mientras continúan los estudios para la elaboración de úteros artificiales, puede desligarse del embarazo, a través de esa forma moderna de esclavitud que es el alquiler de vientres.

A todo esto debe agregarse la legalización del aborto. Hay que reparar que, en todos los países en que el aborto está autorizado (y en los proyectos de ley que procuran su legalización en los demás), el aborto aparece siempre como un derecho privativo de la mujer. El varón, vale decir, el padre del niño que se ha de matar, no tiene intervención alguna. En *Roe vs Wade*, se argumenta a partir del derecho a la intimidad o privacidad de la mujer y, consiguientemente, al derecho sobre su propio cuerpo (y, en este caso, sobre el cuerpo humano que está dentro del suyo). La restauración a las mujeres de la propiedad sobre sus propios cuerpos, había escrito Firestone tres años antes del fallo de la Corte Suprema de los EEUU.

c) Veíamos que la fase final de la revolución feminista es para Firestone no sólo la eliminación del varón en cuanto tal (al igual que ocurrirá con la burguesía), sino la eliminación de las clases sexuales (o sea, también de la mujer) en un comunismo que se expresa en el pansexualismo. Ya no habrá distinción entre heterosexuales, homosexuales y bisexuales: todos seremos todo. Por cierto, que esto no supone una imposible eliminación de la diversa conformación genital sino de su interpretación cultural como correspondientes al varón y a la mujer.

Años después, Marina Laski expresará esta última idea con estas palabras: “La diferencia sexual no es meramente un hecho anatómico, pues la construcción e interpretación de la diferencia anatómica es ella misma un proceso histórico y social. Que el varón y la hembra en la especie difieren es un hecho, pero es un hecho también siempre construido socialmente [...] El sexo y el género no se relacionan entre sí como lo hacen la naturaleza y la cultura pues la sexualidad misma es una diferencia construida culturalmente”²⁵.

Pero la liberación de la maternidad y de las instituciones que podríamos llamar de soporte (matrimonio, familia), no se detiene

²⁵ Laski, Marina, “Mujeres, vulnerabilidades y género”, incluido en el Cuaderno Mujer Salud n° 3, de la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, 1998, pág. 119.

en la supresión cultural de los sexos sino en la perfecta separación de relación sexual y reproducción. Porque, si en la etapa de control sobre los medios de reproducción, la fecundación artificial será un idóneo y eficaz instrumento; en el tiempo último y definitivo, la reproducción artificial permitirá cambiar radicalmente la historia de la humanidad. En palabras de Firestone, la reproducción de la especie hecha por un sexo en beneficio de ambos será reemplazada por la reproducción artificial. Lo que nos trae a la mente el recuerdo de “Un mundo feliz” de Huxley, en el cual la producción de seres humanos es manejada por técnicos, mientras que para los seres humanos el sexo es sólo placer.

En el punto final de la revolución feminista, decía Firestone, la tiranía de la familia biológica será destruida y con ella, la psicología del poder. En coincidencia con Millet, entonces, suprimida la esclavitud de la maternidad, y con ella la familia, es decir, vencido el patriarcado, toda otra forma de dominación (fundada en la “psicología del poder”) habrá cesado.

Quizás sea innecesario remarcar, en estas ideas de Firestone y de sus predecesores y continuadores (como Laski), lo que será el punto básico y capital del feminismo radical y de su ideología de género: no existe la naturaleza sólo hay construcciones sociales y culturales que se expresan en el tiempo.

Decíamos al principio que la ideología de género es el instrumento que ha utilizado el feminismo radical para una eficaz penetración cultural y, como consecuencia, jurídica en varios países del mundo y, en lo que particularmente nos interesa destacar, en el orden jurídico argentino.

Aunque pueden rastrearse los orígenes de la expresión –y de otras vinculadas con la noción feminista de “género”– en la literatura especializada, lo cierto es que, en lo que importa fundamentalmente al objeto de esta comunicación, la utilización de la palabra “género”

en el mundo jurídico comenzó a producirse a partir de la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer que se llevó a cabo en Beijing en 1995²⁶. Se trató del resultado de un muy eficiente lobby llevado adelante por las feministas radicales quienes lograron imponer la nomenclatura del “género”, no obstante las muchas discusiones a que dio lugar por su sospechosa ambigüedad. A partir de entonces, su uso no hizo más que extenderse en documentos y en el lenguaje habitual de múltiples agencias internacionales.

La referida ambigüedad ha sido, y sigue siendo, fuente de continuas confusiones y discusiones, y origen de dificultades interpretativas en el orden jurídico.

A veces podría reemplazársela por la palabra “mujer” pero otras hace referencia a lo que hoy suele denominarse como colectivo LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales). En ocasiones reemplaza a la palabra sexo (género masculino y género femenino), en otras aparece como contrapuesta al sexo.

Podemos tomar como ejemplo –y sin necesidad de abundar en desarrollos dogmáticos– la reforma introducida al Código Penal Argentino por la ley 26.791 conocida, sobre todo, por haber incorporado a nuestra legislación la agravante del femicidio.

En el nuevo texto del artículo 80 del CP aparece ahora varias veces utilizada la palabra “género”. Así, en el agravante del inciso 4°, relativo al móvil del autor, leemos que se agrava la pena del homicidio cuando es cometido : “...por odio...de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. En el primer caso la palabra “género” parece significar sexo (masculino o femenino) ya que a continuación aparece la referencia a la “orientación sexual”

²⁶ Basset, Úrsula C.: “La búsqueda de la igualdad y la inequidad de género, problemas lógicos, semánticos, axiológicos, convencionales, constitucionales y sus derivaciones” en Rivera Julio César y otros: “Tratado de los derechos constitucionales”. La Ley, Bs.As., 2014, T I, pág. 945, menciona como la incorporación más remota la de la Conferencia de El Cairo (1994), aunque se impuso en Beijing. Este importante artículo hace un profundo estudio del tema desde la perspectiva de la igualdad.

como cosa distinta. Pero cuando la palabra es empleada luego en la fórmula “identidad de género” está haciendo referencia a la autopercepción de pertenecer a un sexo distinto al que se posee biológicamente (caso de los transexuales), lo que puede manifestarse o no en el aspecto exterior. Y decimos esto porque así aparece caracterizada la identidad de género por la ley 26.743, como luego veremos.

En el inciso 11 aparece el femicidio descrito de este modo: “(al que matare) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

Es decir, que ahora “género” se refiere al sexo femenino. Porque evidentemente no se trata del homicidio de una mujer, a secas, sino de una mujer por el hecho de serlo (lo que supone ser vista como un ser inferior, de cuya vulnerabilidad se abusa, en la línea –podríamos decir– del segundo sexo de Simone de Beauvoir). Tenemos entonces, en una misma y breve ley, la utilización de una misma palabra en tres sentidos distintos.

Hemos destacado ya –y habrá que seguir haciéndolo– la importancia decisiva que tiene para el feminismo radical la idea de que todo puede reducirse a construcciones culturales, sociales e, incluso, individuales. Pues bien, la más importante construcción cultural que ha realizado el mismo feminismo es esta de “género”. En la cual no es cosa de menor importancia la ambigüedad porque esta le permite, a su vez, una gran maleabilidad, flexibilidad y consiguiente adaptabilidad y facilidad de penetración en el mundo de la cultura.

Por otra parte, esta característica es una nota esencial de la ideología. En efecto, la ideología de género se vale continuamente de la manipulación del lenguaje para tratar de modificar la realidad de acuerdo con los objetivos permanentes del feminismo radical, ya que la idea que subyace a esta manipulación es que el lenguaje no expresa la realidad sino que la crea.

El “género”, como construcción cultural, le ha permitido al feminismo radical avanzar considerablemente en el logro de dos objetivos

claves: la indiferenciación sexual (con la cual había soñado Firestone, y quizás de Beauvoir, y con ellas y tras ellas, innumerables feministas), y la destrucción del matrimonio, el cual desde un comienzo fue visto como el medio por excelencia del que se había valido el varón para someter y, más aún, construir a la mujer. Para ello –mientras se ha logrado la aceptación sumamente generalizada de la palabra género como equivalente a sexo femenino (por ejemplo en la fórmula “violencia de género”)– se la ha utilizado como contrapuesta a sexo en fórmulas como “identidad de género”. Este último es, por cierto, el sentido revolucionario del término ya que permite progresar en el camino de la supresión de la diferenciación sexual.

Otra importante feminista, Judith Butler, dice que “el género es una construcción cultural; por consiguiente no es ni resultado causal del sexo ni tan aparentemente fijo como el sexo [...] Cuando se teoriza que el género es una construcción radicalmente independiente del sexo, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras; en consecuencia, hombre y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino”²⁷.

El trasfondo de este pensamiento es, entonces, que no sólo las palabras significan lo que yo quiero que signifiquen sino que las mismas cosas son lo que yo quiero que sean. Y quizás más allá de todo esto: que no existe nada en sí mismo sino que todo se reduce a construcción.

A partir de este pensamiento las nociones de varón y mujer pierden toda entidad. En rigor, habíamos visto que mucho antes de que esta ideología hiciera su aparición en la escena de la historia, ya el feminismo sostenía que la mujer y la heterosexualidad eran construcciones de las que se había valido el varón –a través del patriarcado– para crear a ese ente sojuzgado, a ese segundo sexo. Lo novedoso de la ideología de género es que al disolver el sexo (tanto femenino

²⁷ BUTLER, Judith: *El género en disputa*, Barcelona, Paidós, 2007, págs. 54-55.

como masculino) como realidad biológica, psicológica, afectiva y espiritual; coloca en su lugar los géneros bajo la forma de opciones sexuales sin que ninguno de ellos pueda considerarse más natural (porque no existe lo natural), ni más normal (porque no hay norma alguna). De este modo, ser varón o mujer aparecen como meras alternativas junto a ser lesbiana, transexual, gay, travesti o bisexual.

Una buena explicación del significado profundo de esto, lo encontramos a propósito del lesbianismo (que se propagó tanto entre las feministas) en palabras de Monique Wittig. El lesbianismo, escribe Wittig, es la única forma social en la que podemos vivir libres; porque el lesbianismo está más allá de las categorías de sexo (varón y mujer). Es decir, las lesbianas no son mujeres –ni económica, ni política, ni ideológicamente– porque lo que hace que una mujer sea tal es su específica relación con un hombre²⁸. Las lesbianas no son mujeres. Son, podríamos decir, una construcción en sí misma. Y otro tanto ocurre con los gays y los demás géneros nombrados.

La aceptación, por parte de nuestra clase política no sólo de algunos de los objetivos sino de los mismos fundamentos de la ideología de género, es un hecho de una enorme gravedad institucional ya que transforma una perversión intelectual en una norma jurídica, con el carácter ejemplar y pedagógico que toda ley tiene según su misma naturaleza. Y hago referencia a la clase política y no a la sociedad porque leyes como la de identidad de género o la de matrimonio entre homosexuales no formaban parte de las plataformas políticas, ni de las campañas electorales de los principales partidos que terminaron aprobándolas.

La mención de estas dos leyes y, como veremos, el completo desarrollo de la segunda de ellas en el CC y C, se debe a que aunque la

²⁸ Wittig, Monique: “One Is Not Born A Woman”. En <http://www.oocities.org/saidyoungman/wittig01.htm>: “lesbianism provides for the moment the only social form in which we can live freely. Lesbian is the only concept I know of which is beyond the categories of sex (woman and man), because the designated subject (lesbian) is not a woman, either economically, or politically, or ideologically. For what makes a woman is a specific social relation to a man”.

ideología de género aparece –y probablemente seguirá apareciendo– reflejada en varias normas, en ninguna otra alcanza a expresarse con tanta claridad como en aquellas.

Comenzaré por la ley 26743 de “identidad de género”, sancionada y promulgada en mayo de 2012.

La norma define en su art. 2° a la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”²⁹. En otras partes la ley hace referencia a la identidad de género “autopercebida” (arts. 3° y 11°) y considera la identidad de género como un “derecho humano”(art. 13). Al tratarse de un mero sentimiento o modo de percibirse a sí mismo, la ley no exige intervenciones quirúrgicas previas, ni tratamientos médicos o psicológicos. Ni ningún fundamento más que la expresión de la subjetividad.

Conviene detenerse aquí para resaltar dos aspectos: 1) que la identidad de género, vale decir lo que cada cual es, no está vinculada para nuestra legislación con cuestiones biológicas, ni psicológicas, ni afectivas, sino con la mera voluntad o deseo de cada uno, fundado en su percepción sensible de sí mismo, es decir, a como se “siente”. Hay que reflexionar sobre el doble efecto que tiene esta autonomía ilimitada: por un lado otorga el poder de elegir el sexo que se desea –aunque fuera caprichosamente–; por el otro, su contracara, se deja a la persona absolutamente sola ante una decisión quizás irreversible o que, cuando menos, marcará toda su vida; 2) el segundo aspecto que quisiera resaltar es que la norma habla del “sexo asignado al momento del nacimiento”. Coherente entonces con el extremismo feminista para el cual aún el sexo en un sentido biológico es fruto de una construcción cultural, pero a contramano

²⁹ Esta definición de la “Identidad de género” fue tomada literalmente de los llamados “Principios de Yogyakarta” relativos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Es llamativo que, al menos de lo que surge del trámite parlamentario y del debate en ambas Cámaras, haya sido aceptada sin discusión esta concepción de la identidad de género y del sexo.

de la verdad científica al alcance de cualquiera, nuestra normativa piensa y enseña que el sexo –aún entendido como genitalidad– es algo que la sociedad “asigna” (al momento del nacimiento) y no algo que se tiene o, mejor aún, que se es, desde el estado de embrión unicelular o cigoto.

Es interesante señalar que la “Guía de orientación educativa sobre la identidad de género” del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires (de la gestión concluida a fines de 2015), define la identidad de género diciendo que “es la pertenencia a un sexo u a otro es decir sentirse hombre o mujer”, haciendo hincapié, para que así se enseñe a los niños, que la pertenencia a un sexo está determinada por lo que se siente. El mismo documento remarca que el “género”, vale decir, la pertenencia a un sexo u otro, “es una construcción social de deseos y discursos en torno de la diferencia sexual”³⁰.

Con el solo requisito de esa autopercepción, cualquier persona mayor de 18 años, puede pedir la modificación de su partida de nacimiento en cuanto al nombre de pila y al sexo, y un nuevo Documento Nacional de Identidad (el que deberá conservar el número original), como también la realización de intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales. En el caso de menores, si no se cuenta con la conformidad de los representantes legales, esta puede ser suplida por los jueces (art. 5°).

Volvamos sobre la idea central que expresa esta importante ley: el sexo no es algo en sí mismo, no es natural, no conforma la identidad de las personas desde el primer instante de vida, sino que es una determinación social, algo que la sociedad o el derecho asigna a las personas en el momento del nacimiento. Dicho de otro modo, no habría ninguna relación real, esto es, fundada en la realidad, o en la naturaleza de las cosas, entre la persona y el sexo asignado. De ahí que, ya desde niño, cada cual verá qué se siente, cómo se percibe a sí mismo. Sus maestros le enseñarán que es lo mismo ser heterosexual,

³⁰ En www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/diversidad.pdf (consultado el 5/6/15).

homosexual o bisexual y el niño se construirá a sí mismo, movido por sensaciones, inclinaciones infantiles o adolescentes, influencia del medio en general, sabiendo que nada es permanente, que lo que se construye puede deconstruirse y luego volverse a construir de otro modo. La "guía de orientación educativa" que citaba antes, dice que "la conexión entre derechos humanos y sexualidad implica conocer y comprender que existen diversas formas de amar, de sentir placer y de construir familias, lo cual se da tanto en relaciones heterosexuales, como en las lésbicas, gays, bisexuales y transexuales".

Esta indiferenciación sexual es, en el campo de las ideas, un triunfo de la ideología feminista de género; pero en la práctica es una victoria y una escalada al poder de la comunidad lesbiana, gay, bisexual y transexual (LGBT).

Lo cual nos lleva a una reflexión más: la ambigüedad de la palabra "género" ha permitido a esta ideología presentarse como defensora de los derechos de la mujer y, a la vez, actuar como potente lobby de los homosexuales. Los logros alcanzados en este último campo no siempre han favorecido a la mujer. Claro que, para ser coherentes, debe admitirse que lo que nosotros llamamos "mujer" es alguien que el feminismo radical siempre ha considerado una creación del hombre a través de la imposición de la heterosexualidad. Por lo tanto, era de esperar que en la búsqueda de la liberación o construcción de sí mismas recorrieran caminos alejados de la heterosexualidad, y buscaran difundir e imponer social y jurídicamente la cultura homosexual. Es un hecho que las más importantes feministas han sido (o son) lesbianas o bisexuales (vgr. Simone de Beauvoir, Kate Millet, Adrienne Rich, Monique Wittig, Judith Butler, etc.).

Pero, sin dudas, el mayor éxito alcanzado por la ideología de género en el mundo jurídico (y, por tanto, en el cultural, social y, quizás incluso ético) ha sido la aprobación legal del llamado matrimonio igualitario.

Es un hecho notable que, en la ceremonia que se realizó para promulgar la ley, la entonces Presidente argentina se haya expresado utilizando una fórmula directamente proveniente de la ideología de género. En efecto, Cristina Fernández de Kirchner dijo en aquella ocasión: “No hemos promulgado una ley, hemos promulgado una construcción social transversal, diversa y amplia”³¹. No podía caracterizarse de mejor modo la convicción profunda de la ideología que dio vida a esa ley: el matrimonio no es una institución natural sino una construcción social, una obra del hombre. En otras palabras, no tiene ninguna característica ni contenido propio. El matrimonio, como el varón, como la mujer, como todas las instituciones sociales, pueden ser deconstruidos y vueltos a construir por quien tiene el poder.

Esta construcción social es, además, transversal porque, como siempre ha sostenido el feminismo, la revolución sexual –en este caso a través de la supresión de las diferencias sexuales– debe extenderse de modo transversal a todas las instituciones sociales. La nota de diversidad implica tanto como ser comprensiva de seres o situaciones distintas y desemejantes, y la de amplitud parece reforzar la idea de una construcción que penetra toda la realidad social y cultural.

Como ha escrito Trillo-Figueroa, el matrimonio entre personas del mismo sexo “es el paso más importante dado por el feminismo en su camino hacia la supresión de la diferencia sexual, porque el ámbito donde la diferencia sexual se manifestaba socialmente, y así era reconocido y protegido por el Derecho como un bien digno de ser jurídicamente protegible, era precisamente el matrimonio entre personas de diferente sexo...Una cosa era la igualdad ante la ley como una legítima aspiración a la justicia, sin que pudiera haber discriminaciones por razón del sexo; y otra muy diferente, que sea la ley la que cree la igualdad de lo que la realidad establece como

³¹ Discurso del 21 de julio de 2010. En http://es.wikisource.org/wiki/Discurso_de_Cristina_Fern%C3%A1ndez_en_el_acto_de_promulgaci%C3%B3n_de_la_ley_de_Matrimonio_Igualitario.

diferente”. En otro pasaje de la misma importante obra, Trillo-Figueroa dice que la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido una conquista del feminismo socialista en el contexto de la “guerra contra la heterosexualidad, cuya manifestación jurídica institucional por excelencia es el matrimonio; es por ello que el objetivo inmediato de la ley es este: el matrimonio; pero el objetivo mediato es la normalización de la homosexualidad como equiparación a la heterosexualidad desde un punto de vista jurídico y ético”³².

Creo, en esta misma línea de pensamiento, que el matrimonio entre homosexuales –aprobado por la ley 26.618– ha operado como una suerte de caballo de Troya en la destrucción del matrimonio. En realidad, como hemos visto, el objetivo del feminismo radical y, por tanto, de la ideología de género, nunca ha sido participar del matrimonio (más allá de los deseos personales de algunos homosexuales), sino destruirlo. Recordemos que el matrimonio siempre ha sido considerado como el instrumento por excelencia para el sometimiento y explotación y, aún más, para la creación del sexo femenino. Sin dudas hubiera sido difícil, sino imposible, destruirlo a través de la pura confrontación. Lo que se ha logrado ahora es destruirlo desde dentro. Me explico, la ley 26.618 igualó la homosexualidad a la heterosexualidad y permitió que los homosexuales se casaran. La institución matrimonial perdía así uno de sus fines distintivos: la procreación. Pero el CC y C vino a completar la obra al permitir la disolución del vínculo a través de un trámite, incluso unilateral, sin sujeción temporal alguna; de este modo los deberes de cohabitación y de fidelidad –que siempre han sido deberes básicos y elementales de los cónyuges– podrían quedar sin sanción en caso de incumplimiento. Es decir, la legislación argentina vació al matrimonio de contenido. Lo transformó en una cáscara vacía. En definitiva, lo destruyó dejando en su lugar un nombre y una apariencia.

³² TRILLO FIGUEROA y MARTÍNEZ CONDE, Jesús: “Una revolución silenciosa: La política sexual del feminismo socialista”, Madrid, Libroslibres, 2007, pág. 241.

Conclusiones

1. La ideología de género es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical en las últimas décadas.
2. El feminismo radical sostiene que la mujer ha sido construida culturalmente por el varón como un segundo sexo sometido y explotado. La clave de esta explotación es la maternidad. Para lograr su finalidad el hombre se ha valido de otras construcciones históricas como el matrimonio y la familia biológica y la que le da sustento a ambas, esto es, la heterosexualidad. Este sistema de dominación es llamado patriarcado.
3. A partir de una lógica marxista la historia es entendida como la historia de la lucha de sexos, de un nivel más profundo que la lucha de clases sociales. El fin de la lucha es, en primer término, la destrucción del patriarcado y, con él, la de todo otro sistema de dominación social.
4. Esta revolución feminista busca liberar a la mujer de la maternidad a través de la apropiación de los medios de reproducción humana. Los anticonceptivos, la fecundación artificial y el aborto por la sola decisión de la mujer, han sido funcionales a este propósito.
5. Vencido el patriarcado, la meta final es la abolición misma de las clases sexuales en una suerte de pansexualismo, en el que no habrá ya varón y mujer sino una indiferenciación sexual.
6. La búsqueda de la destrucción de las diferencias sexuales se lleva a cabo a través de la ideología de género. Aunque “género” es una palabra ambigua que a veces es utilizada para significar mujer o defensa de la mujer (p.e.: violencia de género), en el contexto del feminismo radical se contrapone a “sexo” y busca reemplazarlo. Los géneros serían así los diversos y siempre cambiantes modos de expresar la sexualidad sin que alguno de ellos pueda considerarse natural o normal (varón, lesbiana, travesti, bisexual, mujer, gay, transexual).

7. El concepto central de toda la ideología es el de construcción (y deconstrucción). El género individual, el matrimonio, la familia, la heterosexualidad, la homosexualidad, son todas construcciones sociales. Es decir, la ideología de género supone un relativismo y una negación de la existencia de una naturaleza humana.
8. Su penetración jurídica ha sido múltiple, variada y continúa en expansión. Las dos principales manifestaciones de este fenómeno han sido: a) la ley 26.743 de “identidad de género” por la que se afirma que el sexo es algo que ha sido asignado al momento de nacer y se autoriza a toda persona a cambiar su nombre de pila y sexo –y a realizarse tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas– según su autopercepción de su género. Es decir, por su sola voluntad y sin necesidad de intervención médica, psicológica o judicial alguna; b) la ley 26.618 de matrimonio igualitario y su complementación a través del CC y C. A través de estas normas se ha tratado explícitamente al matrimonio como una construcción social, se han suprimido las diferencias sexuales y se ha vaciado de contenido a la institución matrimonial levándola al punto de su disolución jurídica.

Razonabilidad y justificación de las diferencias entre el matrimonio y la union convivencial

por Jorge A. M. Mazzinghi

I. Introducción

El Libro Segundo del Código Civil y Comercial, –que comenzó a regir en el mes de agosto de 2015–, dedica sus dos primeros títulos a la regulación del matrimonio, –del art. 401 al art. 508–, y dedica el título III, –en diecinueve preceptos–, a la regulación de las uniones convivenciales.

Es cierto que, por primera vez en la Argentina, las uniones convivenciales están tratadas de un modo orgánico y preciso, definiéndose en el Código de fondo que rige en todo el país sus requisitos constitutivos, sus alcances, sus efectos principales, los pactos que los convivientes tienen la posibilidad de celebrar y registrar, y lo atinente al cese de la unión convivencial y sus consecuencias¹.

¹ En otros ordenamientos jurídicos, las uniones de hecho no tienen un tratamiento orgánico ni general en el Código Civil. En España, por ejemplo, las disposiciones corresponden a los regímenes de las comunidades autónomas, lo que ha merecido la crítica de la doctrina: “Insisto en la idea, ya expresada en los trabajos anteriores referidos, de que es preciso la elaboración de una norma estatal

Es cierto también que el matrimonio aparece en el Código Civil y Comercial visiblemente debilitado, en especial por la ambigua formulación de los deberes propios del matrimonio, y por la regulación excluyente del divorcio unilateral e incausado que hace que el matrimonio pueda deshacerse por la sola voluntad de uno de los cónyuges.

Al analizar estas dos realidades, –en algún sentido convergentes–, ha llegado a sostenerse que las uniones convivenciales se han equiparado al matrimonio, y que, en el fondo, da lo mismo casarse que vivir en pareja.

Como, por mi parte, considero que no es así, me parece importante resaltar en estas pocas páginas las principales diferencias que existen entre el matrimonio y la unión convivencial, con el propósito de que el común de la gente no se confunda y tome sus decisiones confiando en una equiparación que puede afirmarse de un modo apresurado o superficial, pero que no se corresponde con la realidad de los hechos y de las normas actualmente vigentes.

El análisis de las diferencias entre el matrimonio y las uniones convivenciales revelará también que éstas obedecen y derivan de una conformación y de una estructura jurídica sustancialmente diversas².

que regule los conflictos interregionales surgidos por la multiplicidad de leyes autonómicas, puesto que sólo al legislador estatal corresponde la competencia exclusiva para legislar sobre conflictos de leyes, incluyendo tanto las normas de Derecho Internacional Privado como las de Derecho Interregional. La omisión por parte del legislador estatal en la promulgación de una norma de este tipo se ha visto acompañada de una profusión de preceptos unilaterales contenidos en la mayor parte de las normas autonómicas de parejas, con singular variedad de puntos de conexión, las cuales son a mi juicio claramente inconstitucionales y en absoluto sirven para calmar la laguna derivada de la falta de legislación estatal”. (García Rubio, María Paz; en Derecho de Familia coordinado por Gema Díez Picazo Giménez, Thomson Reuters, año 2012, pág. 1505). En Francia, el Código Civil autoriza el *pacte civil de solidarité PACS*, con lo que delega en las partes la regulación del contenido y los principales efectos de las uniones de hecho. En Italia tampoco existe un régimen orgánico en el Código Civil.

² Al respecto, es bien ilustrativa la referencia que hace Jemolo, –con cita de Pacchioni–, a las diferencias de conformación de ambas figuras en el derecho romano y en el derecho moderno. Aunque la cita es un poco larga, es saludable y enriquecedor leer a los clásicos: “Como es sabido, en el derecho romano el matrimonio podía contraerse, no con una forma determinada, sino por la convivencia vivificada por un elemento intencional. Pacchioni, en una página que no es reciente, pero que siempre se mantiene viva y eficaz, escribe: “para nosotros los modernos, el matrimonio es una relación

El propósito del presente trabajo es demostrar que existe un fundamento cierto y justificado para las distintas respuestas jurídicas, y que no se trata, —como se ha dicho—, de una discriminación irrazonable sino, por el contrario, de una consideración justificada, atenta a las diferencias de espíritu y de contenido entre el vínculo matrimonial y las situaciones que conforman una unión convivencial.

II. La asunción formal de un compromiso como punto de partida del matrimonio

Por lo pronto, y situándonos al comienzo de la relación que vincula a dos personas que tienen un proyecto de vida en común, parece innegable que la disposición que los inspira y moviliza al casarse o iniciar la convivencia no es la misma.

En el caso del matrimonio, los cónyuges expresan su consentimiento ante el representante del Estado y ante dos testigos, comprometiéndose públicamente a establecer una comunidad de vida, a guardarse fidelidad, a asistirse recíprocamente y a atender las necesidades materiales que pudieran suscitarse durante la convivencia, en el caso de una separación de hecho, y también, —eventualmente—, luego del divorcio³.

jurídica que nace de un contrato, es decir, del consentimiento de las partes de quererse como marido y mujer. Para los romanos, en cambio, era simplemente un hecho jurídico: una relación social productora de consecuencias jurídicas, era la convivencia de un hombre con una mujer, animada por la “*affectio maritalis*”. El matrimonio civil de los Estados modernos nace, en forma inequívoca y sin titubeos, como matrimonio que sólo adquiere vida mediante una celebración, como contrato formal, para cuyo nacimiento es indispensable una forma determinada”. (Jemolo, Arturo Carlo, “El matrimonio”, E.J.E.A., año 1954, págs. 7 y 10). Paradójicamente, el ensayo de equiparación entre la unión convivencial y el matrimonio puede ser, en lugar de un rasgo de modernidad, un signo de retorno a los antiguos moldes del Derecho Romano.

³ Sobre el contenido y los alcances del consentimiento matrimonial, puede verse mi anterior trabajo, “El consentimiento matrimonial, el contenido del matrimonio, y los deberes asumidos por los cónyuges”, publicado en La Ley del 6 de diciembre de 2017, cita on line AR/DOC/2907/2017, La Ley 2017-F, 896.

La unión convivencial no requiere el intercambio de un consentimiento expreso y deliberado, sino que se configura a partir del hecho mismo de la convivencia durante un lapso mínimo de dos años.

Es verdad que la unión convivencial puede terminar siendo en algún caso más duradera que el matrimonio, pero el espíritu y los propósitos de los que optan por el matrimonio suelen tener un grado mayor de firmeza, un anclaje más profundo.

El hombre o la mujer que eligen convivir sin casarse, optan por un esquema que exhibe, –al menos en la etapa inicial de la relación–, un perfil más provisorio, de una espesura menor⁴.

Las normas del Código Civil y Comercial revelan estas diferencias. Porque el art. 431, –que define el matrimonio–, establece de un modo expreso que “los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”. El art. 509 del Código Civil y Comercial, –que describe las uniones convivenciales–, no contiene ninguna alusión al compromiso de los miembros, y sólo se refiere a “dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común”.

En el matrimonio hay un compromiso de los cónyuges a guardarse recíproca fidelidad y respeto, y esta mayor hondura de las promesas que formalmente se intercambian al momento de la celebración, se refleja en la mayor intensidad de las consecuencias que se siguen de una y otra figura.

Podrá decirse que la inobservancia del deber de fidelidad es inocua, y que el divorcio incausado no admite una distinción entre el cónyuge culpable y el inocente.

⁴ Es interesante y particularmente clara la opinión de Peña Bernaldo de Quirós en relación al ordenamiento español: “En nuestro ordenamiento la base ideal de la familia sigue siendo legalmente el matrimonio. Podríamos decir que nuestro ordenamiento ha optado decididamente por el matrimonio (por el compromiso formal y por la responsabilidad subsiguiente) como institución preferible para organizar la relación estable entre hombre y mujer. No tendría sentido la preocupación constitucional por la regulación del matrimonio, como acto y como relación jurídica, si después las leyes dieran el mismo tratamiento a la pareja casada que a la no casada”. (Peña Bernaldo de Quirós, Manuel; “Derecho de Familia”, Universidad de Madrid, año 1989, págs. 394/5).

Pero esto, –que es verdad–, no importa negar que la entidad del compromiso inicial es más consistente en el supuesto del matrimonio.

Por lo demás, hay algunas situaciones en las que, –para la jurisprudencia y un sector de la doctrina–, el incumplimiento de los deberes matrimoniales mantiene cierta incidencia, y puede ser judicialmente valorado⁵.

III. Impedimentos matrimoniales y requisitos para reconocer las uniones convivenciales

Los impedimentos para celebrar un matrimonio válido están enumerados en el art. 403 del Código Civil y Comercial y son el parentesco, –en los grados establecidos–, la subsistencia de un matrimonio anterior, el hecho de haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges, tener menos de 18 años, o tener una falla permanente o transitoria de la salud mental.

La norma del art. 510 del Código civil y Comercial regula los re-

⁵ Un notorio fallo de la Cámara de General Pico hizo lugar al resarcimiento del daño como consecuencia de la infidelidad matrimonial: “El daño moral ocasionado por un cónyuge como consecuencia de su infidelidad acreditada en el proceso de divorcio debe repararse, dado que si bien el art. 431 del Código Civil y Comercial decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, también capta un interés relevante, ya que no hay duda de que este interés se despliega en el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral que son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son dignos de amparo legal y deben ser resarcidos”. (CCIVCOMLAB y MINERIA, General Pico, 14/12/2016; “T. c/C. s/Divorcio vincular”, cita on line AR/JUR/83948/2016). En favor de la indemnización del daño por infidelidad, puede citarse la opinión de Graciela Medina: “De lo expuesto, surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, o al de asistencia, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado”. (Medina, Graciela; Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año IX n° 4, mayo de 2017, La Ley pág. 42). En el mismo sentido, es elocuente la opinión de Lidia B. Hernández: “De allí que, reitero, todo daño debe ser reparado, por lo que no se entiende que en materia matrimonial se los limite, por ejemplo, a los actos que merecen sanción penal o afecten derechos fundamentales, como la vida o el honor, cuando cualquier daño acreditado merece protección legal, inclusive el daño moral, aun cuando se vincule con inconductas de uno de los esposos llevadas a cabo durante el matrimonio”. (Hernández, Lidia Beatriz, “La falta de cumplimiento de los deberes matrimoniales y la reparación del daño producido”, el Derecho, tomo 269, pág. 686).

quisitos para que una unión convivencial produzca efectos jurídicos, y exige que los integrantes de la unión convivencial no tengan vínculo de parentesco, que ambos miembros sean mayores de edad, y que no exista un impedimento de ligamen u otra unión convivencial registrada⁶.

La lectura de ambos preceptos revela una similitud sustancial, pero muestra también algunas diferencias.

Por lo pronto, la norma del art. 510 del Código Civil y Comercial no requiere que los miembros de la unión convivencial gocen de una salud mental suficiente. A la luz de las normas vigentes, un hombre perfectamente sano podría conformar una unión convivencial con una mujer severamente afectada en su equilibrio psíquico, y podría aprovecharse de esta situación para obtener ventajas de índole personal, o para acceder a una vivienda, o para lograr otros beneficios patrimoniales.

También puede destacarse que el impedimento de crimen no aparece en relación a la conformación y reconocimiento de las uniones convivenciales, por lo cual uno de los miembros que hubiera sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio del cónyuge o conviviente anterior de su pareja, podría conformar y hasta registrar una unión convivencial con esta última, celebrando, por ejemplo, un pacto de convivencia que le permitiera beneficiarse de los bienes que su pareja recibió a título hereditario del cónyuge o conviviente anterior cuya muerte contribuyó a ocasionar.

Por último, también llama la atención que para reconocer una unión convivencial se exija que los miembros no estén casados ni tengan “registrada otra convivencia de manera simultánea”. La lec-

⁶ Si dos personas conviven a pesar de configurarse un impedimento de parentesco o de ligamen, no llega a configurarse una unión convivencial. Sobre el tema, apunta Capparelli: “Tales convivencias, al menos en las que existe impedimento de parentesco o de ligamen, tocan el núcleo duro del orden público porque se refieren a uniones incestuosas o contrarias a la monogamia, principios de los que la legislación no se ha apartado. Por eso podrían identificarse con el término “concubinato”, ya que históricamente fue utilizado para las uniones prohibidas por la ley”. (Capparelli, Julio César; “Uniones no matrimoniales”, *El Derecho*, 2016, pág. 29).

tura de la norma del art. 510 inc. d) del Código Civil y Comercial, –en cuanto exige que la unión convivencial que constituye un impedimento esté registrada–, podría dar lugar a un conflicto si una persona mantuviera una convivencia simultánea con dos personas. Si el impedimento sólo deriva del registro de la convivencia anterior, podrían coexistir dos uniones convivenciales no registradas, o podría superponerse una anterior no registrada, –pero vigente en los hechos–, con otra que se registraría después.

IV. El deber alimentario entre cónyuges y entre convivientes

En el ámbito matrimonial, está perfectamente claro que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos durante la convivencia y la separación de hecho, y que también pueden debérselos luego del divorcio si uno de ellos padece una enfermedad grave anterior que le impide sustentarse, o si carece “de recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos”.

Como puede verse, la fuerza del vínculo matrimonial constituye adecuado sustento del deber alimentario no sólo durante la convivencia matrimonial, sino también en el marco de la separación de hecho, y, excepcionalmente, en los supuestos del art. 434 del Código Civil y Comercial, luego de decretado el divorcio.

Los preceptos que organizan el régimen de las uniones convivenciales no contienen referencia alguna a los alimentos entre los convivientes.

Al enunciar los efectos de las uniones convivenciales, el art. 519 del Código Civil y Comercial habla del deber de asistencia, pero no hace ninguna alusión, –como sí lo hace el art. 432 respecto de los cónyuges–, al deber alimentario.

Es cierto que el art. 520 dispone que “los convivientes tienen obli-

gación de contribuir a los gastos domésticos”, y remite al art. 455 del mismo Código Civil y Comercial que regula lo atinente al deber de los cónyuges de “contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar, y el de los hijos comunes”.

Si el propósito de la ley hubiera sido establecer de un modo inequívoco el deber alimentario de los convivientes en forma análoga al de los cónyuges, no se entiende el motivo por el cual se omitió una mención expresa al deber alimentario durante la convivencia de la pareja, y no se entiende tampoco por qué el art. 520 del Código Civil y Comercial, al remitir al art. 455 del mismo cuerpo legal, sólo se refirió, —en el título y en el cuerpo del artículo—, a los gastos del hogar y a los gastos domésticos, pero no a los alimentos entre convivientes.

Más allá de estas ambigüedades respecto del deber alimentario de los convivientes durante la convivencia, las normas legales que regulan los efectos de las uniones convivenciales y las consecuencias de su cese, nada dicen acerca de los alimentos durante la separación de la pareja ni luego de su ruptura definitiva⁷.

El panorama no es nada claro.

Para colmo, el art. 719 del Código Civil y Comercial, al tratar el tópico de la competencia procesal, dice que “en las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial”.

⁷ En nuestro ordenamiento jurídico, es claro que los alimentos no proceden luego de la ruptura de la unión convivencial. Azpiri sostiene que no hay alimentos entre convivientes y enseña que, si llegara a interpretarse que existe el deber alimentario, es sólo durante la convivencia. (conf. Azpiri, Jorge O.; “Uniones convivenciales”, Editorial Hammurabi SRL, año 2016, pág. 87). En cambio, hay otros países en los cuales los concubinos pueden reclamarse alimentos con posterioridad al cese de la convivencia. Así, por ejemplo, el art. 90 de la ley 1/92 de Reforma del Código Civil de Paraguay establece: “Si terminada la convivencia y efectuada la separación de gananciales, uno de los ex concubinos careciere de recursos y estuviere imposibilitado de procurárselos, podrá solicitar alimentos al otro mientras dure la emergencia”. Lo mismo ocurre en Uruguay, en Bolivia, y en otros países sudamericanos. Belluscio incluye una reseña de distintos ordenamientos, y destaca que en Cataluña, la ley de uniones de parejas estables autoriza a pretender alimentos después del cese de la convivencia. (conf. Belluscio, Claudio, “Prestación alimentaria”, pág. 633 y stes., Editorial Universidad, año 2006).

Si se alude al último domicilio convivencial para radicar una demanda de alimentos, parecería que los convivientes siguen ligados por un deber alimentario luego de haberse producido el cese de la unión, lo que no se condice con las normas de fondo que organizan el funcionamiento y las virtualidades de las relaciones de hecho.

La doctrina no es coincidente respecto de la existencia de la obligación alimentaria entre convivientes, aunque la mayoría de los autores se inclinan por su vigencia⁸.

Yo no estoy muy convencido de que sea así⁹.

Es cierto que el hecho de compartir un proyecto de vida permite suponer que existe un deber de solidaridad recíproco que justificaría y daría sustento al deber alimentario entre convivientes¹⁰.

Pero también es cierto que la unión convivencial sólo representa una situación de hecho, y que los miembros de la pareja han soslaya-

⁸ El capítulo VIII de la obra “Alimentos” dirigida por Aída Kemmelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan, está dedicado a “alimentos en las nuevas formas familiares”. En ese capítulo, las autoras Eleonora Lamm y Mariel F. Molina de Juan, con la colaboración de Sabrina Woscoff, sostienen que hay deber alimentario entre los convivientes y lo fundan en el compromiso a desarrollar un proyecto de vida en común: “La comunidad de vida que caracteriza a la pareja de convivientes lleva implícita una serie de atribuciones espirituales y materiales que los integrantes de la unión deben satisfacerse entre sí, con una cierta reciprocidad, o como mínimo, un intercambio de prestaciones y asistencia. Ese deber se vincula con la existencia de un proyecto compartido y el esfuerzo puesto en un interés común”. (Alimentos, tomo I, pág. 360, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2014). En el mismo sentido, aunque destacando que no hay una consagración expresa del deber alimentario entre convivientes, opina Pitrau: “La reforma no incluye una norma que establezca una obligación alimentaria expresa, sin embargo, dicha obligación legal de asistencia sólo podría expresarse materialmente a través de una prestación económica, del mismo tenor que una cuota alimentaria” (Pitrau, Osvaldo F., “El derecho alimentario familiar en el proyecto de reforma”, Derecho de Familia, n° 57, noviembre de 2012, pág. 220)

⁹ Azpiri considera que, en el régimen vigente, no existe obligación alimentaria expresa entre convivientes: “En ninguna norma sobre las uniones convivenciales se alude en forma expresa a la prestación alimentaria entre convivientes... Por ello, debe interpretarse que en la unión convivencial sólo ha reconocido el deber de asistencia moral y negado el deber de asistencia material o alimentos”. (Azpiri, Jorge O.; “Uniones convivenciales”, Editorial Hammurabi SRL, año 2016, pág. 86).

¹⁰ Sambrizzi también se inclina por la vigencia de un deber alimentario entre convivientes: “Con respecto a lo cual reiteramos lo expresado más arriba en cuanto a la existencia a nuestro juicio de un deber alimentario entre los convivientes”. (Sambrizzi, Eduardo A., “Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia”, La Ley del 7 de mayo de 2018). Para darle sustento, invoca el art. 719 del Código Civil y Comercial sobre competencia.

do de un modo expreso la asunción de los compromisos recíprocos que entraña el matrimonio.

Los convivientes han preferido la informalidad, el reino del no compromiso, y bien pueden no haber querido ligarse de un modo específico y coercitivo a través del deber alimentario¹¹.

Si la unión convivencial se deshace con el simple alejamiento de uno de los miembros de la pareja, –como resulta del art. 523 inc. g) del Código Civil y Comercial–, parece un tanto forzado hablar de alimentos, y suponer que puedan regir coercitivamente durante la convivencia y luego de la separación¹².

En síntesis, y más allá de las dudas y perplejidades que resultan de los textos legales, no cabe ninguna duda de que el deber alimentario tiene entre los cónyuges una consistencia y una exigibilidad mucho más potente y determinada que en el marco de las uniones convivenciales, extendiéndose, –en el caso del matrimonio–, a la separación de hecho y, en ciertas situaciones, a la etapa posterior al divorcio¹³.

¹¹ Luján también se pronuncia por la inexigibilidad de los alimentos entre convivientes: “Si bien no hay acuerdo en la opinión académica para determinar si la asistencia implica un deber alimentario, en base a los argumentos ya expuestos, nos inclinamos por admitir que no existe más que como una obligación natural que la torna inexigible”. (Luján, Daniel; “Uniones convivenciales: aspectos patrimoniales y su comparación con el matrimonio”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, n° 11, diciembre de 2015, pág. 62).

¹² El art. 676 del Código Civil y Comercial contempla la posibilidad de que el deber alimentario del progenitor aún en relación a los hijos menores de su pareja se extienda y rija, por un breve período, luego del cese de la convivencia. Pero es una situación muy especial, que apunta a la protección de los más vulnerables. El tema está tratado, con mayor amplitud, en el capítulo IX.

¹³ En un trabajo publicado a mediados de 2015, sostuve que las situaciones que permiten reclamar alimentos luego de decretado el divorcio, deben interpretarse con alguna amplitud. Dije en esa oportunidad: “Si las excepciones que admiten la procedencia de los alimentos luego de decretado el divorcio no se interpretaran con cierta amplitud, el cónyuge con más dificultades para sostenerse no tendría más remedio que plegarse a las exigencias del más poderoso”. (Mazzinghi, Jorge A. M.; “Derecho del cónyuge a percibir alimentos luego del divorcio”, La Ley, ejemplar del 21 de julio de 2015, tomo 2015-D, pág. 716).

V. La cuestión hereditaria y el derecho real de habitación

Avanzando en el análisis de las diferencias entre el matrimonio y la unión convivencial, es importante resaltar que el primero reconoce a los cónyuges como herederos forzosos y que la unión convivencial, en cambio, no importa ni hace nacer un derecho hereditario entre sus integrantes.

Si se produce el fallecimiento de una persona que está casada y que no tiene descendientes ni ascendientes, el total de la herencia es recibido por el cónyuge supérstite¹⁴.

Si, en cambio, muere uno de los miembros de la unión convivencial, –sin descendientes ni ascendientes–, la herencia favorece a los colaterales hasta el cuarto grado y, –de no haberse dictado testamento–¹⁵, no aprovecha al otro integrante de la unión convivencial.

La diferencia entre una y otra situación está, desde mi punto de vista, suficientemente justificada.

Los cónyuges asumieron, desde un principio, un vínculo formal y jurídicamente relevante. Se comprometieron entre ellos delante del Estado y de la sociedad, y es razonable que este ligamen profundo y que compromete toda la existencia se extienda y produzca plenos efectos luego de la muerte de uno de los integrantes de la familia.

La relación que importa la unión convivencial es más frágil y está vinculada a una situación de hecho¹⁶.

¹⁴ El art. 2435 del Código Civil y Comercial es categórico al establecer: “A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge hereda la totalidad, con exclusión de los colaterales”.

¹⁵ En este caso, al no haber herederos forzosos, el causante puede favorecer a su pareja en un testamento, instituyéndola heredera universal, o heredera de cuota, o legándole algunos bienes.

¹⁶ En varios países de América, la unión convivencial genera derechos sucesorios. En Brasil, por ejemplo, la persona que convivió con el causante concurre con otros parientes del causante y, de no haberlos, recibe toda la herencia, pero no es heredero forzoso. En Chile, la situación del conviviente está equiparada a la del cónyuge en materia sucesoria. En el Uruguay, el concubino con más de cinco años de convivencia tiene los mismos derechos que el cónyuge, pero no es heredero forzoso.

Si los miembros de la unión hubieran querido proyectar las consecuencias de su relación más allá de la muerte de alguno de ellos, podrían haberse casado.

La instauración del divorcio vincular, y las actuales facilidades para obtenerlo, hacen que resplandezca con más claridad la genuina intención de los interesados.

En otras épocas, había muchas personas que, aún queriéndolo, no podían contraer matrimonio porque estaban ligadas por un vínculo anterior que no podían disolver. Pero ahora esto ya no ocurre. Si las personas que tienen un vínculo afectivo no se casan, es porque no quieren hacerlo, o porque alguno de los dos no desea formalizar la unión, asignándole todos sus efectos jurídicos. Y, si es así, es lógico y razonable que los integrantes de la unión convivencial no puedan invocar un derecho a la sucesión que está exclusivamente reservado a los cónyuges¹⁷.

Aunque no es estrictamente un derecho hereditario, viene al caso una breve referencia al derecho real de habitación.

A la muerte de uno de los cónyuges o a la de uno de los miembros de la unión convivencial, la ley le reconoce al supérstite un derecho a continuar ocupando el inmueble que fue el asiento de la vivienda común.

Este derecho, –que resulta de las normas del Código Civil y Comercial–, no tiene la misma virtualidad ni el mismo alcance en el caso del matrimonio y en el supuesto de la unión convivencial.

El derecho del cónyuge supérstite es considerablemente más fuerte y más consistente que el del que sobrevive a la muerte de su pareja.

¹⁷ Ferrer tiene una opinión distinta que yo no comparto. Dice el prestigioso profesor: “Pero nos parece que se debió contemplar también el derecho sucesorio de los convivientes y acordarles derecho hereditario ab intestato, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales, y asignándoles toda la herencia a falta de parientes en grado sucesible. Nos parece que se impone esta solución porque el matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia”. (Ferrer, Francisco A. M.; “Sucesión del conviviente”, Revista de Derecho de Familia y de las personas, Año IX, n° 10, noviembre 2017, pág. 153, Editorial La Ley). A mí me parece que hay motivos más que suficientes para no propiciar la equiparación de ambas situaciones, y menos todavía cuando el causante tiene descendientes.

El viudo o la viuda tienen un “derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal”.

Tal como resulta de los mismos términos del art. 2383 del Código Civil y Comercial transcritos en el párrafo que antecede, el derecho emana de la propia ley y le confiere al cónyuge supérstite un privilegio automático a continuar ocupando en forma gratuita el inmueble en donde se hallaba asentado el hogar conyugal.

El derecho real de habitación del cónyuge es vitalicio, lo que equivale a decir que se extiende por toda la vida del supérstite, independientemente de que éste vuelva a casarse o constituya una unión convivencial.

La situación del sobreviviente de una unión convivencial es bastante más limitada.

Las diferencias resultan de la simple lectura de la norma del art. 527 del Código Civil y Comercial.

Por lo pronto, el derecho real de habitación no emana automáticamente de la ley sino que tiene que ser invocado por el supérstite. Para hacerlo, el conviviente tiene que demostrar “que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta”. En los hechos, significa que el derecho del beneficiario es controvertible por los herederos del causante, quienes pueden negarlo acreditando que el conviviente supérstite tiene otro inmueble habitable o bienes suficientes como para acceder a una vivienda.

En segundo lugar, el derecho de habitación del conviviente no es vitalicio, sino que tiene un plazo máximo de dos años¹⁸.

¹⁸ La norma no es clara respecto del comienzo del plazo de dos años. En una interpretación más ceñida y restrictiva, podría entenderse que son dos años a contar de la fecha de la muerte del titular del inmueble (conf. Sambrizzi, Eduardo A., “Efectos del cese de la unión convivencial”, La Ley 2017-E, pág. 1186, AR/DOC/2651/2017). Con más amplitud, podría entenderse que el plazo comienza a correr desde que se formuló la petición para el reconocimiento del derecho de habitación o, –mejor aún para el sobreviviente–, desde que se reconoció el derecho judicialmente. La redacción del art. 527 del Código Civil y Comercial, –que habla de “invocar el derecho real de habitación gratuito por

Por último, el derecho se extingue si, antes de cumplirse los dos años, el beneficiario contrae matrimonio, conforma una nueva unión convivencial, o reúne bienes suficientes como para acceder a una nueva vivienda.

Como se advierte con facilidad, el derecho de habitación del cónyuge superviviente tiene una consistencia muy superior al del sobreviviente de la unión convivencial¹⁹.

Y tiene sentido que así sea, pues el matrimonio es un vínculo sólido, que brota del compromiso expreso y público de los contratantes, y la unión convivencial, en cambio, es una simple situación de hecho, cuyas consecuencias tienen que ser necesariamente más relativas y más endebles que las que resultan de la formalidad del matrimonio²⁰.

un plazo máximo de dos años”–, da pie a considerar que el plazo tiene que contarse desde la formulación del planteo. Azpiri, en cambio, entiende que el plazo de dos años es desde el reconocimiento judicial del derecho. (Azpiri, Jorge O., “Uniones convivenciales”, Editorial Hammurabi, año 2016, pág. 246). El tema es oscuro, pero el hecho de que, al definir el plazo, la norma estuviera contemplando su invocación por el conviviente superviviente permite concluir que los dos años comienzan con la formulación del reclamo.

¹⁹ El derecho de habitación post-mortem del que goza el conviviente tiene una consistencia sustancialmente menor que el del cónyuge superviviente. El del cónyuge está consagrado, –de pleno derecho–, en el art. 2383 del Código Civil y Comercial, no depende de la situación económica del superviviente, ni del valor del inmueble, y es un derecho vitalicio. La situación del conviviente es notoriamente más frágil, no sólo por el plazo máximo de dos años, sino porque el art. 527 del Código Civil y Comercial, –en su último párrafo–, dispone que el derecho de habitación del conviviente se extingue si el beneficiario “constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta”. A mi modo de ver, las diferencias en la virtualidad de uno y otro derecho se explican razonablemente por lo que representa el matrimonio en comparación con una unión convivencial que puede no haber siquiera estado inscripta.

²⁰ Aunque me parece razonable que el derecho real de habitación del conviviente sea más acotado que el del cónyuge superviviente, encuentro que el plazo máximo de dos años es exageradamente breve. Es cierto que, al regular la atribución del hogar como consecuencia del cese de la convivencia, el art. 526 del Código Civil y Comercial también fija un plazo máximo de dos años. Pero las situaciones no son equivalentes. Cuando se rompe la pareja, el que es titular de la vivienda tendrá seguramente interés en recuperar la tenencia del inmueble que le pertenece. En la hipótesis de la muerte del titular del bien, puede ocurrir que los herederos del causante no sean sus hijos sino parientes más lejanos, –sus sobrinos, primos hermanos, u otros beneficiarios de un eventual testamento–, y, frente a ellos, el plazo máximo de dos años en favor del conviviente puede resultar muy exiguo.

VI. Los bienes gananciales constituyen la regla general en el matrimonio. Pactos de convivencia

Como pauta general, los bienes que los cónyuges adquieren a título oneroso o por hechos de azar, y los frutos de los bienes propios que se devengan durante la comunidad, son gananciales y se distribuyen entre los cónyuges por mitades.

Salvo el caso, –no muy frecuente–, de que las personas casadas opten por el régimen de separación de bienes, el criterio que predomina en el matrimonio es el de la ganancialidad.

Los bienes que adquieren el marido o la mujer se distribuyen entre ellos en partes iguales sin tomar en cuenta el esfuerzo o los aportes concretos de cada uno de los cónyuges.

Así resulta, con toda claridad, de lo que establece el art. 498 del Código Civil y Comercial: “La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales”.

En la unión convivencial ocurre, como principio, todo lo contrario. No hay ganancialidad, y los bienes son de quien los adquiere. La norma del art. 528 del Código Civil y Comercial, –bajo el título de distribución de los bienes–, dispone: “A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron”.

En lo que se refiere al régimen patrimonial, las diferencias entre el matrimonio y la unión convivencial son –como norma– muy marcadas.

Y es lógico que así sea: El vínculo matrimonial es más poderoso y está asentado en el compromiso expreso de los cónyuges que deciden, al casarse, compartir su destino de un modo deliberado. En la unión convivencial, en cambio, los miembros de la pareja mantienen

un mayor grado de autonomía y, en general, no se comprometen con la misma determinación²¹.

Sin embargo, y esto es importante, el régimen actual admite que los cónyuges opten por mantener sus bienes separados, y admite también que los integrantes de la unión convivencial celebren pactos de convivencia que establezcan mecanismos o criterios de distribución de los bienes adquiridos por ellos.

Analizaré brevemente ambas posibilidades.

- a) Antes de celebrar el matrimonio, los cónyuges pueden formalizar una convención optando por el régimen de separación de bienes. Este régimen, –descrito en los arts. 505, 506, 507 y 508 del Código Civil y Comercial y de utilización no muy frecuente–, significa que los cónyuges administran y disponen de sus propios bienes, y que no existen bienes gananciales. A la disolución del matrimonio, cada uno de los cónyuges conserva en su poder los bienes adquiridos durante la convivencia.

Esta opción por el régimen de separación de bienes también puede hacerse durante la vigencia del matrimonio, modificando el régimen de comunidad por el de separación. En este caso, la adhesión al régimen de separación obliga a la partición de la comunidad que existía hasta ese entonces y que cesa al convenirse la modificación²².

²¹ Capparelli lo señala y lo vincula a la actitud inicial de los que no quieren contraer matrimonio: “El principio de libertad de casarse así como el de no casarse lleva a esta consecuencia lógica en cuanto a los bienes. Quien no quiere contraer matrimonio no está interesado en que se le aplique supletoriamente, –salvo la opción por el régimen de separación–, el régimen de comunidad y las limitaciones de gestión que el mismo conlleva. Tampoco quiere que en caso de cese de la convivencia surja un derecho para cualquiera de los que integraron la unión convivencial, de reclamar una participación en los bienes adquiridos por el otro durante la convivencia”. (Capparelli, Julio César, “Uniones no matrimoniales”, *El Derecho*, 2016, pág. 145).

²² Conf. Mazzinghi, Jorge A.M., “Las convenciones matrimoniales”, *Revista Código Civil y Comercial*, año 1 n° 6, diciembre de 2015, pág. 41/51, Editorial la Ley. En ese trabajo considero que la posibilidad de optar por un nuevo régimen patrimonial durante la vigencia del matrimonio tiene sus inconvenientes. Destaco que, en el derecho francés, y en el italiano, la opción luego de celebrado el matrimonio requiere la homologación judicial.

En las dos situaciones, –la opción realizada en una convención matrimonial, o la modificación posterior–, estaríamos ante un matrimonio sin comunidad de bienes, con una fisonomía muy parecida, en este aspecto, a la de las uniones convivenciales.

- b) Desde una perspectiva inversa, también podría ocurrir que los integrantes de una unión convivencial celebraran un pacto de convivencia y establecieran entre ellos que los bienes que adquirieran, –o también los frutos de los que tuvieran con anterioridad–, tienen que distribuirse al cese de la convivencia como si fueran bienes gananciales, o de conformidad al criterio que acordaran.

La posibilidad surge de lo prescripto por el art. 514 inc. c) del Código Civil y Comercial: “Los pactos de convivencia pueden regular entre otras cuestiones ... la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia”.

El precepto está redactado en términos amplios, –“entre otras cuestiones”–, y es un reflejo del principio de la autonomía de la voluntad que ha ganado preponderancia en el ámbito del Derecho de Familia y, más aún, en lo atinente al régimen patrimonial.

Los pactos de convivencia podrían establecer la distribución por mitades, –o también con otras pautas fijadas de común acuerdo–, y podrían asimismo convenir una suerte de partición en especie, adjudicándose los bienes adquiridos y sus frutos en relación al esfuerzo, o con miras a asegurar el futuro de los integrantes de la unión convivencial²³.

La norma del art. 517 del Código Civil y Comercial dispone que los pactos de convivencia “son oponibles a los terceros desde su

²³ En este aspecto, los convivientes tienen una esfera de libertad y discrecionalidad mayor que la de los cónyuges, pues estos últimos, –al suscribir una convención matrimonial–, sólo pueden enunciar los bienes y las deudas y optar por uno de los regímenes, pero no pueden acordar por anticipado la liquidación o partición de la comunidad. La limitación resulta del texto mismo de los arts. 446 y 447 del Código Civil y Comercial.

inscripción en el registro previsto en el art. 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos”.

Si el pacto de convivencia importara la existencia de una comunidad pseudomrimonial entre los convivientes, habría que inscribirlo en el registro del lugar de la convivencia y, si abarcara bienes inmuebles de la titularidad de alguno de los miembros de la pareja, –pero comunes en lo atinente a la distribución ulterior–, también tendría que inscribirse el pacto en los registros de la ubicación de los inmuebles.

El requisito de la inscripción, –según resulta del texto mismo del art. 517 del Código Civil y Comercial–, es un recaudo para la oponibilidad del pacto ante los terceros.

Si el pacto de convivencia no se inscribiera en los registros correspondientes, yo pienso que igualmente, al producirse el cese de la convivencia, uno de los miembros podría reclamarle al otro los derechos a participar que resultaran de lo establecido en el pacto.

El acuerdo celebrado entre los integrantes de la unión convivencial es obligatorio entre las partes, y si ellas se reconocieron ciertos derechos con un alcance parecido al de la ganancia- lidad, sería ilógico que pudieran negarse a cumplir lo pactado por el simple hecho de que el pacto de convivencia no fue debidamente registrado²⁴.

²⁴ La conclusión se ve reforzada por el hecho de que el art. 511 del Código Civil y Comercial, al prever la registración de las uniones convivenciales y de los pactos de convivencia, establece claramente que el registro es “sólo a los fines probatorios”. Si los miembros de la pareja no registraran el pacto, pero tomaran el recaudo de formalizarlo en una escritura pública, o en un instrumento privado con las firmas certificadas, no deberían tener inconveniente alguno para forzar su cumplimiento. Si las firmas no se hubieran certificado notarialmente y se suscitaran problemas en torno a su reconocimiento, hay que tener en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial admite la exigibilidad de los instrumentos particulares con cierta amplitud. El art. 319 dispone: “El valor probatorio de los instrumentos particulares puede ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.

VII. La protección de la vivienda y su atribución luego del divorcio o el cese de la unión convivencial

En los dos escenarios, —el matrimonio y las uniones convivenciales—, las normas legales actualmente vigentes ponen especial atención y se preocupan por todo lo que rodea a la protección y a la utilización de la vivienda que es o que fue el asiento de la convivencia.

Aunque el tema está tratado con un cierto grado de similitud, las soluciones no son exactamente las mismas.

A continuación, enunciaremos las diferencias en materia de disponibilidad de la vivienda, la protección ante la ejecución de los acreedores, y los criterios para la atribución de su uso luego de la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.

1. La cuestión de la disponibilidad

En la hipótesis del matrimonio, el art. 456 del Código Civil y Comercial establece que “ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella”.

No importa que el inmueble en donde esté asentado el hogar conyugal sea propio o ganancial; en todos los casos, la ley requiere que, para disponer de los derechos sobre la vivienda, —o sobre los muebles que la adornan—, no sólo cuente la voluntad del cónyuge titular, sino que también se exige el asentimiento del que no es titular del inmueble.

En el supuesto de las uniones convivenciales, sólo se requiere el asentimiento del que no es titular de la vivienda “si la unión convivencial ha sido inscripta”, como expresamente lo dispone el art. 522 del Código Civil y Comercial.

Quiere decir que, si se trata de una unión de hecho, y los convivientes no han tomado la precaución de inscribirla en el registro

correspondiente, el titular del inmueble puede disponer de los derechos sobre la vivienda sin ninguna restricción, prescindiendo del asentimiento del integrante que no es titular de la vivienda.

El punto es relevante, pues el art. 511 del Código Civil y Comercial establece que el registro de la unión convivencial es “sólo a los fines probatorios” y, sin embargo, la falta de inscripción de la unión convivencial tiene una consecuencia directa y de significativa trascendencia en orden a la libre disponibilidad de los derechos sobre la vivienda.

Podrá aducirse que, en resguardo de los terceros adquirentes del inmueble en el que se asienta el hogar de la pareja, tiene sentido exigir el asentimiento sólo en los casos de las uniones convivenciales debidamente registradas, pero es importante que los integrantes de la unión tengan adecuada comprensión de esta limitación, y que no se confíen en una protección que sólo rige para las uniones convivenciales inscriptas en el registro²⁵.

2. La protección frente a los acreedores

En relación a este punto, la cuestión es muy similar a la tratada en el acápite que antecede, pues, en el supuesto de la vivienda que es el asiento de la unión convivencial, el art. 522 in fine del Código Civil y Comercial establece que “no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial”.

Otra vez, la inscripción de la unión tiene una trascendencia fundamental.

Si la unión convivencial no está registrada, y se desenvuelve sin ninguna formalidad, sólo en el plano de los hechos, los acreedores

²⁵ Capparelli apunta, con razón, que la exigencia de la inscripción mira al interés de los terceros: “El que se haya restringido la protección a las uniones convivenciales inscriptas tiene su fundamento en la seguridad jurídica. La inscripción otorga una publicidad registral que permite a los terceros tomar conocimiento claro de esta situación”. (Capparelli, Julio César, “Uniones no matrimoniales”, *El Derecho*, año 2016, pág. 147).

pueden ejecutar la vivienda de la pareja, aunque la deuda que constituye la causa de la ejecución hubiera sido contraída por uno solo de los convivientes sin el asentimiento del otro.

La restricción tiene su justificación, pues, si la unión convivencial no está inscrita en el registro correspondiente, los acreedores no tienen forma de averiguar si el inmueble de titularidad del deudor es ejecutable o no, pues pueden no saber si éste es integrante de una unión convivencial y, en su caso, si la iniciación de la convivencia es anterior o posterior a la fecha del crédito.

En el supuesto del matrimonio, estos matices no tienen sentido alguno, pues el matrimonio tiene una fecha cierta, y los que contratan con una persona casada, saben desde un principio que, –de acuerdo a lo estipulado en el segundo párrafo del art. 456 del Código Civil y Comercial–, la vivienda conyugal sólo es ejecutable si la deuda fue contraída por los dos cónyuges, o por uno solo con el asentimiento del otro.

3. La atribución del uso

Sobre este punto, las normas que se refieren al matrimonio también difieren de las que regulan la atribución de la vivienda como consecuencia del cese de la unión convivencial.

En el caso del matrimonio, el juez tiene amplísimas facultades para reconocerle el derecho a ocupar la vivienda familiar a cualquiera de los cónyuges²⁶.

La norma del art. 443 del Código Civil y Comercial comienza diciendo que, decretado el divorcio, “uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial”.

²⁶ Sambrizzi también destaca esta amplitud: “Como se advierte, son varias las pautas –suficientemente amplias– que –salvo acuerdo de los cónyuges– se enumeran en la norma para decretar la atribución del hogar, pudiendo existir otras, ya que la enumeración no es taxativa” (Sambrizzi, Eduardo A., “Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial”, La Ley, año 2017, tomo II, pág. 548).

El juez puede definir la atribución considerando cuál de los cónyuges está a cargo del cuidado de los hijos, la situación económica que ostentan, el estado de salud y la edad de los cónyuges, y “los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”, como los ascendientes, los hijos de alguno de ellos, y otras personas en situación de vulnerabilidad²⁷.

Teniendo en cuenta estos parámetros, el juez puede atribuir el uso del hogar familiar por el plazo que considere más adecuado, fijando o no una renta compensatoria, que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo de ambos cónyuges, o que “el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado”.

En el supuesto de las uniones convivenciales, el juez también puede decidir sobre la atribución de la vivienda, pero la ley no le reconoce un marco tan amplio como en la hipótesis del matrimonio.

El art. 526 del Código Civil y Comercial establece una preferencia a favor del progenitor que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad o con la capacidad restringida, y luego admite que se le reconozca el derecho a ocupar la vivienda al conviviente no titular si acredita una necesidad extrema o la imposibilidad de procurarse una vivienda en forma inmediata²⁸.

Además, la norma legal establece que el plazo de la atribución “no puede exceder de dos años a contarse desde el momento que se produjo el cese de la convivencia”, lo que importa, en los hechos,

²⁷ Es interesante el comentario de Sambrizzi: “Suele ocurrir, en especial en los ambientes de personas que no gozan de muchos recursos económicos, que ayuden a sus mayores en su vejez –en general, a los padres– con los que conviven, como también puede tratarse de otras personas de la familia, generalmente de edad avanzada o que se encuentran afectadas de algún tipo de discapacidad”. (Sambrizzi, Eduardo A., “Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial”, La Ley, año 2017, tomo II, pág. 553).

²⁸ La mayor amplitud y flexibilidad que tiene la atribución de la vivienda en el caso de la ruptura del matrimonio con relación al supuesto del cese de la unión convivencial surge con claridad de la comparación de la fórmula del art. 443 inc. b) del Código Civil y Comercial, –“situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda”–, con la del art. 526 inc. b) del Código Civil y Comercial que se refiere a “la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela”.

que el derecho del conviviente titular es sustancialmente más fuerte que el del que no lo es²⁹.

Este último puede obtener la atribución de la vivienda, pero sólo en el caso de estar al cuidado de los hijos menores o incapaces, o de estar en una situación de necesidad extrema, y nunca por un lapso superior a los dos años³⁰.

VIII. La compensación económica. Posibilidad de que el supérstite se la reclame a los sucesores del conviviente prefallecido

La compensación económica es una figura nueva en nuestro derecho.

Tomada del derecho español, –y con antecedentes en Francia, Italia, Chile y otros ordenamientos–, consiste en el derecho que tiene el cónyuge o el conviviente que ha experimentado un desequilibrio y un empeoramiento de su situación económica a causa del matrimonio, la unión convivencial, y el divorcio o la ruptura, a reclamarle al otro cónyuge o conviviente una compensación adecuada que restaure el desequilibrio.

²⁹ Azpíri apunta con razón que, habiendo hijos menores o incapaces de los convivientes, la aplicación del plazo de dos años podría ser considerada inconstitucional: “Cuando luego del cese de la convivencia, la vivienda se otorga en protección de los hijos, surge un trato discriminatorio con relación a los hijos matrimoniales, ya que éstos gozarán de la vivienda sin plazo, mientras que los hijos de los convivientes no podrán hacerlo por más de dos años”. (Azpíri, Jorge O., “Uniones convivenciales”, Editorial Hammurabi, año 2016, pág. 239)

³⁰ Virginia Suiffet trata el tema del plazo máximo con profundidad: “De modo que si analizamos el resguardo que estos dos artículos pretenden otorgar –que es nada menos que el derecho a la vivienda– y, a su vez, las específicas y limitadas condiciones que se exigen al conviviente que pretende acceder al derecho, me parece que en determinadas situaciones particulares los dos años que se han establecido como techo, sin permitir siquiera al juez ampliar el plazo en situaciones particulares, pueden llegar a ser insuficientes y no brindar una solución justa sino todo lo contrario”. (Suiffet, Virginia; “Una propuesta de extensión del plazo para ejercer el derecho a la vivienda tras el cese de la unión convivencial”, Cuaderno Jurídico Familia n° 81, marzo de 2017, pág. 11)

La figura es interesante y tiene un fundamento que remite a la equidad³¹.

Si uno de los cónyuges o de los integrantes de la unión convivencial postergó su propia evolución personal o profesional para dedicar sus mayores esfuerzos a la atención de las obligaciones familiares o al cuidado de los hijos comunes, parece justo que, al deshacerse el vínculo matrimonial o de hecho, se le reconozca una compensación que recomponga o atenúe el empeoramiento de su situación, o el retroceso en relación a la condición y perspectivas del otro miembro de la unión³².

Con relación al matrimonio, el Código Civil y Comercial regula el mecanismo en los arts. 441 y 442, como uno de los efectos del divorcio. En lo que se refiere a las uniones convivenciales, el punto está tratado en los arts. 524 y 525 del Código Civil y Comercial, como uno de los posibles efectos del cese de la unión.

En los dos casos, –el matrimonio y la unión convivencial–, la figura de la compensación económica está definida en los mismos términos, y también son iguales las pautas que la ley establece para la fijación del quantum de la compensación.

Hay, sin embargo, una cuestión que genera ciertas dudas, y que puede marcar una diferencia significativa en el juego de la compen-

³¹ En el mismo sentido, se pronuncia Sambrizzi: “Por nuestra parte y sin perjuicio de reconocer que en este tipo de cuestiones por lo general son varias las razones o fundamentos que llevan a la solución admitida, en el caso nos inclinamos por pensar como más cerca del fundamento principal que justifica la compensación, el de la equidad”. (Sambrizzi, Eduardo A., “Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2017, tomo II, pág. 526).

³² Bíscaro describe el supuesto que la compensación económica busca corregir con claridad y justicia: “Vale como ejemplo el caso de que ambos convivientes se encontraban insertos en el mercado laboral antes de la unión, y luego acordaron que uno de ellos renuncie al empleo para dedicarse al cuidado de los hijos y las tareas del hogar para colaborar en la actividad desarrollada por el otro, sea profesional, comercial, empresaria entre otros supuestos. Este desequilibrio que, durante la convivencia se mantenía oculto o compensado, se hace evidente e injusto al momento del cese”. (Bíscaro, Beatriz R. “Efectos de las uniones convivenciales”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IX n° 2, marzo 2017, pág. 20, Editorial la Ley). La situación está bien descripta aunque, quizás, hubiera sido mejor hablar de apuntalar la actividad del otro en lugar de colaborar en esa o con esa actividad.

sación económica en el ámbito del matrimonio y de las uniones convivenciales.

En el primer caso, la compensación está regulada como uno de los efectos del divorcio y se corporiza en el reclamo del cónyuge afectado contra el otro cónyuge que se ha visto implícitamente favorecido por el desenvolvimiento de los roles o por la realidad de la convivencia matrimonial.

En el supuesto de las uniones convivenciales, la compensación económica aparece como uno de los efectos del cese de la unión y, de acuerdo con lo que establece el art. 523 inc. a) del Código Civil y Comercial, “la unión convivencial cesa por la muerte de uno de los convivientes”. Si la compensación puede tener lugar ante el cese de la convivencia, y si ésta se produce, –entre otros casos–, por la muerte de uno de los integrantes de la pareja, el conviviente supérstite podría reclamarles a los sucesores del fallecido el reconocimiento de una compensación económica que éstos podrían tener que abonar con parte de la herencia del causante³³.

La conclusión se ve reforzada por la expresión que utiliza el último párrafo del art. 525 del Código Civil y Comercial, cuando dice que la acción “caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523”. La remisión al art. 523, –en donde se menciona a la muerte como una de las causales de cese–, y la referencia a “cualquiera de las causas”, permite suponer que la compensación económica puede ser reclamada a los herederos del conviviente fallecido³⁴.

El punto tiene alguna lógica pues, –como se ha visto en el capítulo V de este breve trabajo–, el conviviente que sobrevive carece,

³³ Azpiri contempla la posibilidad del reclamo post-mortem: “Asimismo, hay que tener en cuenta que si el cese de la unión se ha debido a la muerte de uno de ellos, la acción debe ser entablada contra los herederos del fallecido ya que no hay motivo para excluir este supuesto de la posibilidad de demandar”. (Azpiri, Jorge O., “Uniones convivenciales”, Editorial Hammurabi, año 2016, pág. 236).

³⁴ Capparelli opina lo contrario y sostiene que, en la unión convivencial, la compensación sólo puede reclamarse en caso de ruptura y no en la hipótesis de la muerte de uno de los miembros de la pareja. (Capparelli, Julio César, “Uniones no matrimoniales”, *El Derecho*, año 2016, pág. 168).

en principio, de derecho hereditario³⁵, y tiene un derecho real de habitación más limitado y restringido que el que le corresponde al cónyuge supérstite.

Si uno de los integrantes de la pareja se sacrificó de un modo manifiesto por el otro, postergando su propio desenvolvimiento, y enfocándose de un modo preponderante en el sostenimiento de la convivencia, es justo que pueda reclamarles a los herederos del conviviente fallecido, –llamados a recibir sus bienes–, una compensación adecuada de sus esfuerzos³⁶.

Podría darse también la situación inversa, que fueran los sucesores del perjudicado por el desequilibrio patrimonial quienes accionaran contra el sobreviviente favorecido en procura de una compensación.

En el escenario matrimonial cabría analizar la posibilidad de que el cónyuge supérstite accione contra los herederos del fallecido si la muerte de éste acaece dentro de los seis meses posteriores a la sentencia de divorcio.

Aunque es verdad que, en el ámbito del matrimonio, la compensación está regulada como uno de los efectos del divorcio, bien podría ocurrir que el fallecimiento del cónyuge favorecido se produjera antes del vencimiento del plazo de caducidad de seis meses y, en este supuesto, no sería injusto que el cónyuge que experimentó el empeoramiento de su situación pudiera dirigir una acción contra los sucesores del premuerto reclamando una compensación³⁷.

³⁵ Digo que carece, en principio, –y como norma legal–, de la posibilidad de heredar, porque el integrante de la unión convivencial fallecido puede haber favorecido a su pareja a través de un testamento. Sólo podría haber herencia entre los convivientes, si hay testamento.

³⁶ Ferrer también se pronuncia a favor de la procedencia de la compensación económica en caso de muerte de uno de los convivientes: “La muerte es la primera de las causas de cesación de la unión que habilitaría al sobreviviente a reclamar esta compensación a la sucesión del conviviente fallecido, para lo cual goza de un plazo de seis meses a contar de su deceso”. (Ferrer, Francisco A. M., Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IX, n° 10, noviembre de 2017, pág. 152, editorial La Ley).

³⁷ En un interesante trabajo, la Dra. Eliana M. González plantea la posibilidad y eventual conveniencia de que la compensación económica pudiera serle reclamada a los herederos del cónyuge fallecido: “Que aún cuando el cónyuge supérstite conservara su vocación hereditaria y el derecho de habitación viudal –entre otros dispositivos del Derecho Sucesorio– advertimos que estas herramientas no siempre serán idóneas o suficientes para remediar el desequilibrio económico que la disolución del

En los dos casos, –la acción contra los sucesores del conviviente cuando la unión cesó por la muerte, o la acción contra los herederos del cónyuge divorciado que muere antes de cumplirse el plazo de seis meses–, la compensación económica tiene que ser abonada por los herederos que son extraños a la asignación de los roles o a las características del desenvolvimiento del matrimonio o de la unión convivencial que originó el desequilibrio. Y esta circunstancia podría suscitar cierto reparo.

También se ha dicho, –y me lo hizo notar un distinguido profesor en un encuentro académico–, que, al haber fallecido uno de los integrantes del matrimonio o de la unión, se dificulta la comparación entre las posiciones relativas y las proyecciones de futuro de uno y otro cónyuge o miembro de la pareja³⁸.

Esto es cierto, pero, con todo, no me parece del todo razonable que el derecho de quien ha sufrido un empeoramiento a causa de la ruptura de la unión se desvanezca y no pueda reclamarse por el hecho de que aconteció la muerte del favorecido³⁹.

IX. Distinta extensión del deber alimentario del conviviente afín y del cónyuge de alguno de los progenitores

De acuerdo a lo que establece el art. 658 del Código Civil y Comercial, la obligación primordial de sostener materialmente a los hijos mientras son menores de edad, hasta que cumplen 21 años, y, en algunos casos, hasta que arriban a los 25 años, le corresponde a los progenitores.

vínculo pudiera ocasionarle”. (González Elena M., “La compensación económica frente a la muerte del cónyuge”, Revista de Familia y de las Personas, año IX, n° 10, noviembre de 2017, pág. 37).

³⁸ Aunque el art. 525 inc. a) del Código Civil y Comercial alude al “estado patrimonial de cada uno de los convivientes”, se trata de una de las pautas entre muchas otras, y, además, la comparación puede realizarse con el patrimonio dejado por el conviviente fallecido.

³⁹ También Mizrahi está a favor de la posibilidad de la compensación económica a raíz de la muerte de uno de los convivientes. (conf. Mizrahi, Mauricio L., “Compensación económica – Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad”, La Ley del 6 de agosto de 2018. AR/DOC/1489/2018).

Como es lógico, el padre y la madre tienen que velar por el bienestar de sus hijos, atendiendo sus necesidades primarias, su educación, habitación, cuidado de las enfermedades, vestimenta, esparcimiento, y hasta los gastos necesarios “para adquirir una profesión u oficio”, como dice el art. 659 del Código Civil y Comercial.

El art. 672 del Código Civil y Comercial define la figura del progenitor afín y establece que pesa sobre el progenitor afín un deber alimentario que es subsidiario al de los padres.

El concepto de progenitor afín engloba “al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

Quiere decir que, si los hijos están bajo el cuidado personal unilateral de uno de los progenitores, el cónyuge o conviviente del encargado del cuidado de los hijos también tiene una obligación alimentaria respecto de los hijos de su cónyuge o de su pareja.

Si el cuidado personal es compartido con la modalidad alternada, es progenitor afín el cónyuge o conviviente de cualquiera de los dos progenitores, porque ambos viven con sus hijos en períodos diferenciados.

Si la modalidad del cuidado personal compartido es indistinta, y los hijos viven preferentemente con uno de sus padres y están poco con el otro, o si el cuidado personal es unilateral y exclusivo de uno de los progenitores, sólo podrá considerarse progenitor afín al cónyuge o conviviente del que está a cargo del cuidado personal, pues el elemento caracterizador de la nueva figura es la relación conyugal o de convivencia con el progenitor que “tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

Poniendo el foco en el concepto de progenitor afín, podría llegar a pensarse que el deber alimentario del cónyuge o del conviviente tiene la misma consistencia y extensión.

Y es cierto que la figura del progenitor afín funciona del mismo modo tratándose del cónyuge o del conviviente del progenitor.

Sin embargo, el deber alimentario del cónyuge del progenitor trasciende la figura del progenitor afín y tiene una envergadura mayor⁴⁰.

Porque el cónyuge es pariente por afinidad en primer grado de los hijos de su marido o de su mujer que necesitan alimentos.

Y esta relación lo obliga con los hijos de su consorte, ya sea que éste último conviva o no con los menores⁴¹.

Si los hijos viven con su madre en España, y el padre que sólo los visita quince días por año, en vacaciones, está casado con una mujer muy rica, y vive con ella en la Argentina, los menores pueden reclamarle alimentos a esta última, porque es pariente por afinidad en primer grado, y aunque no pueda encuadrársela como progenitora afín porque los alimentados no conviven con su padre.

En la misma situación, si el padre de los menores no estuviera casado y sólo mantuviera una unión convivencial con la mujer de buena condición económica, los hijos no podrían demandarla porque no tienen relación de parentesco por afinidad con ella, y no se trata de una progenitora afín porque los menores viven con su madre en España y no con su padre.

El cónyuge o la cónyuge también pueden verse obligados a pasar alimentos en favor de su suegro o de su suegra. Y, a la inversa, los padres políticos también pueden tener que alimentar al yerno o a la nuera que atraviesen por una situación de necesidad. Es que el matri-

⁴⁰ Lucía F. Fleitas remarca la diferencia: “Sin embargo, tratándose de la hipótesis del matrimonio, el progenitor afín será pariente por afinidad en primer grado, en virtud del vínculo matrimonial con la progenitora o progenitor del hijo afín. Por lo tanto, una de sus especies queda comprendida en la relación de parentesco, con el alcance establecido por la ley. Ello provoca una disparidad de tratamiento en las relaciones jurídicas, pues si se trata de convivientes, el progenitor afín y el hijo afín no tendrán ningún parentesco que los una”. (Fleitas, Lucía Flor; “El reclamo de alimentos en beneficio del hijo afín. Análisis jurisprudencial”, Cuaderno Jurídico Familia, El Derecho, n° 85, pág. 23).

⁴¹ El art. 529 del Código Civil y Comercial establece: “Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad”. Y el art. 536 se ocupa de esta última al disponer: “El parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge”. La unión convivencial es una situación de hecho que no genera parentesco alguno y, al respecto, es coherente que las normas que regulan sus efectos no hagan mención a la existencia de un vínculo, ni a la de un vínculo jurídico, sino que sólo aludan a la convivencia o a la unión.

monio es un vínculo consistente que introduce al marido o a la mujer en la familia del causante.

La unión convivencial, en cambio, es una situación de hecho que genera algunas consecuencias jurídicas pero que no establece relaciones estables ni trascendentes con la familia de la pareja.

El deber alimentario del progenitor afín respecto de los hijos menores que conviven con el cónyuge o con el conviviente funciona sí de una manera análoga.

Pero los derechos y las obligaciones del pariente por afinidad en primer grado van más allá y trascienden la figura del progenitor afín⁴².

La persona que se casa conforma un vínculo con su marido y con su mujer, pero también se integra y pasa a formar parte de la familia de su cónyuge, con todas las ventajas y problemas que ello supone.

La unión convivencial es una relación más frágil, que no crea parentesco alguno, y en materia alimentaria, sólo obliga a la pareja a contribuir a los gastos domésticos y a atender, en determinadas situaciones, las necesidades de los hijos menores que conviven con el progenitor que integra la unión convivencial.

X. Dos diferencias de menor relevancia entre el matrimonio y la unión convivencial

Además de las significativas diferencias entre el matrimonio y la unión convivencial que he destacado en los capítulos que anteceden,

⁴² La doctrina ha marcado este matiz. La figura del progenitor afín requiere la convivencia con los hijos menores del cónyuge o conviviente. Los parientes por afinidad no dependen, –para serlo–, de la convivencia: “En el caso que el vínculo base de la familia ensamblada sea un matrimonio, la obligación alimentaria también encuentra su fundamento en el art. 538 del Código Civil y Comercial, que resulta aplicable asimismo cuando el alimentado es mayor de edad. En consecuencia, existe una obligación alimentaria de carácter subsidiaria entre los parientes ligados por afinidad en línea recta en primer grado, estando obligados el yerno y la nuera con los suegros, así como también el cónyuge y el hijo del otro cónyuge, sea de un matrimonio anterior o extramatrimonial” (Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel F., con la colaboración de Sabrina Woscoff, en Alimentos, tomo I, pág. 381/2, Rubinzal-Culzoni editores, año 2014)

hay otras que tienen una relevancia menor, pero que me parece importante señalar sobre el final de este trabajo.

1. Inhabilidades y libertad para contratar

Las personas que se casan sin haber optado por el régimen de separación de bienes, –o que no ejercen la opción ya casados–, están sujetas al régimen de comunidad de bienes y no pueden contratar entre sí.

Así lo establece el art. 1002 inc. d) del Código Civil y Comercial al disponer, –bajo el título de inhabilidades especiales–, que “no pueden contratar en interés propio ... los cónyuges bajo el régimen de comunidad entre sí”.

Significa que, en principio, –y salvo que hayan optado de un modo expreso por el régimen de separación de bienes–, los cónyuges no pueden contratar entre ellos.

La imposibilidad deriva del hecho de que el régimen de comunidad de bienes tiene fuerza legal y es imperativo.

Durante su vigencia, existe una organización normativa que establece el carácter propio o ganancial de los bienes, el régimen de las deudas, las pautas para la administración y disposición de los bienes, y hasta algunas reglas que se aplican a la indivisión postcomunitaria.

Si los cónyuges sujetos al régimen de comunidad de bienes pudieran contratar entre sí, –donarse o venderse algunos bienes, darse un bien en alquiler⁴³, constituir un fideicomiso⁴⁴, reconocerse el de-

⁴³ En un trabajo reciente, Alejandro Borda analiza, con su habitual agudeza, el tema de la contratación entre cónyuges. Y, refiriéndose a la locación, dice: “Puede advertirse, entonces, que los contratos prohibidos son aquellos que traen aparejado un cambio de la titularidad de dominio. De lo expuesto podría concluirse que es viable la locación entre cónyuges, pues no existe en este caso una transmisión del dominio de la cosa. Con todo, la solución no resulta nítida. Es cierto, por un lado, que no existe un cambio de titularidad de dominio, pero, por otro lado, se puede advertir que el arrendamiento genera una disminución de la garantía de los acreedores. Es que un inmueble ocupado tiene un menor valor en el mercado que el mismo bien libre de ocupantes. Lo dicho, sumado a la prohibición general impuesta en el art. 1002, nos lleva a inclinarnos por negarles validez a los contratos de locación celebrados entre cónyuges”. (Borda, Alejandro: “El consentimiento en el contrato de locación”, *El Derecho* del 20 de septiembre de 2018).

⁴⁴ En lo que se refiere al fideicomiso, entiendo que el fiduciante y el fiduciario no podrían estar unidos

recho de usufructo en proporciones disímiles—, el esquema legal que busca el equilibrio de los cónyuges y el resguardo de los terceros, podría resultar alterado.

En las uniones convivenciales, en cambio, no hay un régimen legal establecido, y los integrantes de la unión tienen plena libertad para contratar entre ellos.

Aunque las partes hubieran celebrado un pacto de convivencia que introdujera alguna limitación contractual, el pacto mismo podría ser modificado de común acuerdo dando lugar a la posibilidad de celebrar contratos entre sí.

2. El matrimonio como factor de revocación de un testamento

Otra diferencia entre el matrimonio y la unión convivencial es que el primero constituye una causal de revocación del testamento dictado con anterioridad por alguno de los contrayentes.

El matrimonio es una decisión de tanta trascendencia, y con una repercusión tan honda en el panorama afectivo de los cónyuges, que la ley considera que su celebración importa la revocación de un testamento anterior.

La norma del art. 2514 del Código Civil y Comercial lo establece como principio: “El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en éste se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio”⁴⁵.

en matrimonio, y que tampoco podrían ser cónyuges el fiduciante y el fideicomisario. Esto último es lo que enseña Carregal: “En otras palabras, la intención del transmitente no será vender, permutar ni donar al fiduciario, pero generalmente por su intermedio el bien irá a dar a manos de un tercero, beneficiarlo o fideicomisario que lo recibirá a título gratuito u onerosos, según sean las características de la operación. Se tendrá en cuenta, entonces, la persona del destinatario final antes que la del fiduciario, pues no resulta admisible que por medio del fideicomiso se burlen prohibiciones legales de orden público, como lo son las donaciones entre cónyuges o las ventas de padres a hijos que se encuentren bajo su patria potestad, para no citar sino dos ejemplos característicos”. (Carregal, Mario A., en la obra “Tratado de Fideicomiso”, dirigida por él en conjunto con Gabriel Gotlib y Fernando M. Vaquero, La Ley año 2013, tomo I, pág. 46).

⁴⁵ El art. 3826 del Código Civil era más categórico y no contemplaba ninguna excepción. El actual

La unión convivencial es una situación de trascendencia menor y no produce consecuencia alguna en relación al testamento anterior de alguno de los miembros de la pareja.

Si el integrante de la unión convivencial había dictado un testamento antes de conformar la unión, y luego quiere asegurar el futuro de su pareja, tiene que revocar de un modo expreso el testamento y dictar uno nuevo en beneficio del hombre o de la mujer con quien ha resuelto compartir la vida.

A diferencia del matrimonio, la unión convivencial, –aunque esté registrada–, no importa la revocación automática o de pleno derecho del testamento anterior.

XI. Apuntes finales y algunas conclusiones

Hace unas décadas, –no demasiadas–, las uniones de hecho, –que se denominaban concubinato–, constituían una realidad con un claro contenido ilícito.

Las transformaciones sociales, y una mirada sobre las estructuras familiares menos cercana a la visión religiosa, hicieron que las uniones informales de dos personas fueran encontrando su espacio dentro del ordenamiento jurídico argentino.

La reciente sanción del Código Civil y Comercial que nos rige a partir del mes de agosto de 2015 representó un reconocimiento expreso de las uniones convivenciales. En el título 3 del Libro dedicado a las relaciones de familia, el nuevo Código regula de un modo orgánico y sistemático todo lo atinente a los alcances e implicancias de estas uniones de dos personas que, –sin contraer matrimonio–, comparten un proyecto de vida en común.

Código Civil y Comercial mantiene el efecto revocatorio del matrimonio, pero admite que pueda dejarse de lado en los casos en los que resulte con claridad que el testador tuvo en cuenta el futuro matrimonio. El análisis de la razón de ser de la excepción que flexibiliza la norma escapa al propósito de este trabajo.

El hecho mismo de la regulación legal tiene sus aspectos positivos, pues el régimen aporta claridad y define la situación de las personas que, sin casarse, conviven de una manera estable. En determinadas hipótesis, la regulación de las uniones convivenciales busca la protección de los integrantes de la pareja informal⁴⁶.

El estudio comparativo de las disposiciones legales que organizan el matrimonio y las uniones convivenciales, revela, –desde mi punto de vista–, que se trata de realidades ciertamente disímiles⁴⁷.

El matrimonio, –por lo pronto–, es una estructura formal que encierra la asunción de un compromiso expreso, y que genera una serie de consecuencias de relevante importancia.

Las uniones convivenciales, en cambio, conforman una situación que tiene una consistencia bastante más frágil.

El matrimonio nace del consentimiento que los cónyuges expresan ante el representante del Estado, y se disuelve ante el Juez, quien tiene la facultad de cuestionar y hasta de desaprobado los acuerdos de los cónyuges sobre sus derechos y los de sus hijos menores⁴⁸.

⁴⁶ Cuando el legislador y el intérprete se plantean la conveniencia o la necesidad de proteger a una persona o de resguardar una situación, es importante pensar que en muchos casos, –por no decir, en general–, la protección que se brinda o se asegura entraña o puede derivar en la desprotección de otros sujetos involucrados. Si se le reconociera vocación sucesoria al conviviente, podrían verse perjudicados los hijos u otros parientes cercanos del causante. Si el derecho de habitación en favor del cónyuge se establece con demasiada amplitud, puede afectarse el derecho de los otros herederos. Si se instaura, con rigor, la obligación alimentaria del progenitor afín, y se la extiende más allá de la ruptura del matrimonio o de la convivencia, los hijos menores del alimentante pueden resultar indirectamente dañados. Por eso, cuando se trata de regular una determinada situación, y de hacerlo con un propósito tuitivo, –que puede ser sano en sí mismo–, no conviene perder de vista el panorama general y la necesidad de consagrar respuestas que sean equilibradas y que contemplen todos los valores e intereses en juego.

⁴⁷ En un interesante trabajo, Bísvaro trata el tema con objetividad, valorando positivamente el tratamiento orgánico de las uniones convivenciales, y considerando las diferencias entre éstas y el matrimonio: “En la tensión entre autonomía de la voluntad –la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja–, y el orden público –el respeto por valores mínimos de solidaridad, consustanciales a la vida familiar– el C.C. y C. reconoce efectos jurídicos a las convivencias de pareja, de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar –la matrimonial y la convivencial–, que se fundan en aceptar que, en respeto por el art. 16 de la Constitución Nacional, es posible brindar tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”. (Bísvaro, Beatriz R., “Efectos de la disolución de las uniones convivenciales”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año IX, n° 2, marzo 2017, pág. 14, Editorial La Ley)

⁴⁸ La petición de uno de los cónyuges o de ambos para que se declare el divorcio debe incluir una

La unión convivencial resulta del hecho mismo de compartir el techo durante un lapso de dos años, y se deshace por el simple alejamiento de alguno de los integrantes de la pareja.

Durante la vigencia del matrimonio y de las uniones convivenciales, los derechos de los cónyuges y de los miembros de la pareja no son los mismos.

A lo largo del trabajo, creo haber resaltado las diferencias más relevantes.

Las personas casadas asumen un compromiso expreso que incluye el deber de fidelidad, –erróneamente calificado como deber moral–⁴⁹, la obligación de prestarse alimentos durante el matrimonio, durante la separación de hecho y, en algunos casos, luego del divorcio, comparten, como regla general, los bienes que adquieren a título onerosos, como resultado del azar, y los que son frutos de sus bienes propios, gozan de un régimen amplio de protección de la vivienda, se heredan entre sí, tienen un derecho de habitación gratuito e irrestricto, y el hecho mismo de la celebración del matrimonio, –sin haber optado por el régimen de separación de bienes– los encuadra dentro de un régimen imperativo, e importa la revocación de cualquier testamento que hubieran otorgado anteriormente.

propuesta o un acuerdo sobre sus efectos personales y patrimoniales. El juez tiene derecho a requerir precisiones y elementos de prueba que guarden relación con el contenido de la propuesta o del convenio, debe evaluar los alcances de la regulación sugerida por los cónyuges, y puede reclamarle al obligado que “otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio”, como dice el art. 440 del Código Civil y Comercial. Es evidente que, en lo que hace a las consecuencias de la ruptura del matrimonio, el Código Civil y Comercial le asigna al juez un papel de cierta relevancia y de control de la autonomía de la voluntad. El divorcio como tal no se puede dilatar, peor, en lo atinente a la regulación de sus efectos, el Estado tiene intervención. Es más, el art. 440, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial dispone que, si la situación se modifica sustancialmente, el acuerdo homologado o la decisión judicial pueden revisarse. La ruptura de la unión convivencial, y el tratamiento de sus consecuencias, puede ocurrir a espaldas de la instancia judicial.

⁴⁹ En un trabajo que se publicó antes de que entrara en vigencia el nuevo Código, abordé el tema de la calificación del deber de fidelidad como deber moral. Dije en esa oportunidad: “El sentido común y la conciencia general del pueblo entiende que, cuando dos personas se casan, se comprometen a ser fieles, se entregan uno a otro, recortan voluntariamente su libertad, sujetándose a la persona que eligen o que quieren, a la que le prometen un cariño exclusivo”. (Mazzinghi Jorge A. M., “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, La Ley, tomo 2015-B, pág. 1077)

Los integrantes de una unión convivencial no se deben fidelidad, no tienen una obligación legal expresa de pasarse alimentos y, de existir, sólo rige durante la convivencia, los bienes que adquieren no son, –como regla–, gananciales, ni se comparten, la protección de la vivienda sólo se aplica a las uniones registradas, no hay herencia entre convivientes⁵⁰, y el derecho de atribución de la vivienda y el de habitación *post mortem* tienen un plazo máximo de dos años.

Son diferencias de alguna significación que impiden sostener que, a la luz del régimen actual, es prácticamente lo mismo casarse que vivir en pareja.

Yo entiendo que no es así y, volviendo al título del presente trabajo, considero que hay razones que justifican el tratamiento diverso, pues, el matrimonio, más allá de algunas disposiciones que han querido disminuir su entidad, sigue siendo una institución que nace y se constituye a partir del deseo y la intención deliberados de poner en común la vida, los bienes, y la seguridad luego de la muerte.

⁵⁰ Famá considera sorprendente y curioso que “un ordenamiento que tantos derechos reconoce a favor de los convivientes en vida, e incluso tras la ruptura de la convivencia, se desentienda por completo de la situación del supérstite tras la muerte de su pareja, es decir, cuando el proyecto de vida cesó como consecuencia de un hecho involuntario”. (Famá, María Victoria, “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”, Revista Código Civil y Comercial, año 1 n° 6, diciembre 2015, pág. 39, Editorial La Ley).

Mayoría de edad a los 16 años

por Juan G. Navarro Floria

Hay un momento en la vida de las personas en el que ellas alcanzan la plena capacidad jurídica. Hasta entonces, el ordenamiento jurídico las considera incapaces o, al menos, restringidas en su capacidad de ejercicio o capacidad de hecho. Es el paso de la minoridad a la mayoría de edad. El Código Civil y Comercial de la Nación mantuvo (casi que a desgano) el concepto de “persona menor de edad” (a la que dedica la Sección 2ª de su Capítulo 2, titulado “Capacidad”, en el Título I del Libro 1º, dedicado a la “Persona humana”). Al mismo tiempo, el Código ha buscado armonizar su terminología con la que viene impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño, y su ley de aplicación 26.061, utilizando en lo posible la denominación de “niño” o adolescente, para referirse a los menores de edad.

Los límites, sin embargo, se han vuelto más difusos. La distinción entre capacidad e incapacidad era tajante en el antiguo Código Civil, bien que con algunas zonas grises. Los matices crecieron a partir de la reforma de la ley 17.711 (que amplió lo supuestos de emancipación y adquisición de capacidad anticipada, por ejemplo para ciertas

actividades profesionales o laborales). Ahora el límite se ha hecho todavía más borroso.

Por lo pronto, el CCC afirma con claridad algo que no generaba mayores dudas pero no era tan explícito en el viejo código: la capacidad de derecho, en principio es ilimitada para toda persona humana (art. 22). En cambio, se ha restringido al mínimo el elenco de “personas incapaces de ejercicio” (art. 23) o incapaces de hecho. La única categoría nítida es la de las personas por nacer (art. 24 inc. 1), como no podía ser de otra manera. La antigua categoría de los “sordomudos que no pueden darse a entender por escrito” directamente ha desaparecido (sin que haya que lamentarse por ello). La de los incapaces por declaración de demencia o insania, prácticamente también: ahora esa incapacidad es completamente excepcional, únicamente en casos en que la persona “*se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado*” y no baste un sistema de apoyos. Sólo dándose en forma simultánea y acumulativa todos esos supuestos, el juez puede (pero no está obligado a hacerlo) decretar la incapacidad (art. 32 CCC). Fuera de ese caso excepcional, las personas con padecimiento mental son y seguirán siendo capaces, bien que quizás con capacidad restringida.

En el caso de los menores también hay cierta ambigüedad. En el elenco de incapaces no se los menciona como tales: solamente se considera incapaz de ejercicio a “*la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*” (art. 24), en los términos que más adelante se determinen. Según el art. 26, la regla es que “*la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales*” (que es lo característico de la incapacidad de ejercicio), pero a renglón seguido se establecen importantes excepciones, vinculadas en general al “grado de madurez suficiente”, que queda librado a la apreciación judicial en cada caso¹. Esa regla se comple-

¹ “En cada caso” quiere decir por una parte que cada niño o adolescente podrá ser considerado suficientemente maduro según sea su propia evolución, es decir, no todos a la misma edad; pero también

menta con la del art. 639 que enuncia el principio de autonomía progresiva del hijo, “*conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos del hijo*”².

Sin embargo, aun en este contexto de imprecisión y necesidad de examinar cada caso, y de la duda que queda flotando acerca de si el menor es básicamente capaz (con limitaciones) o incapaz (con habilitaciones según su madurez), el legislador ha mantenido una frontera básica entre minoridad y mayor edad: “*Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años*”³, y dentro de esa categoría genérica, “*adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años*” (art. 25).

1. La mayoría de edad

Para no remontarnos a un pasado más remoto, baste recordar que el art. 126 del Código Civil de Vélez Sarsfield estableció la edad de la mayoría en 22 años.

que un mismo niño puede ser considerado suficientemente maduro para determinados actos y no para otros, o en un momento sí y en otro no. Esta variabilidad introduce un alto grado de incertidumbre jurídica.

² Esta redacción por cierto es problemática. O hay representación, o no la hay. No se entiende qué es una “representación disminuida” o “un poco menos de representación” porque el hijo haya alcanzado cierta madurez.

³ No es algo relevante aquí, pero llama la atención la imprecisión del término inicial de la minoridad. Porque las personas por nacer (mencionadas como incapaces en el art. 24, pero carentes de un régimen jurídico propio en el CCC) son estrictamente personas que no han cumplido 18 años y, por lo tanto, cabrían dentro de la categoría de menores de edad. Interpretación que se refuerza si recordamos que para la ley 23.849, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, “*niño es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad*”. Si el CCC ha intentado equiparar el concepto de “menor” al de “niño”, habría que pensar que las personas por nacer son una subcategoría de los menores, del mismo modo que lo son los adolescentes (menores que han cumplido 16 años). Así, “niño” en sentido amplio sería toda persona desde la concepción hasta los 18 años, y en sentido estricto lo sería desde el nacimiento (cuando deja de ser “persona por nacer”) y hasta los 16 años (cuando se convierte en adolescente).

El límite fue bajado a los 21 años en 1968 por la ley 17.711, que introdujo además el instituto de la emancipación por habilitación de edad (posible a partir de los 18 años), sumado al ya existente de la habilitación por matrimonio⁴. Pero tiempo después algunos comenzaron a reclamar con insistencia una nueva reducción de la mayoría de edad, en general con argumentos más sentimentales que sólidos (del tipo, “¿cómo es posible que un joven pueda ir a la guerra a los 18 años pero no celebrar un contrato?”).

Así, en el año 2009 por medio de la ley 26579⁵ se redujo nuevamente el límite, alcanzándose desde entonces la mayoría de edad a los 18 años⁶. La novedad, como tantas otras en los tiempos que corren, fue celebrada como una “ampliación de derechos”. Naturalmente, ese concepto es consecuencia de concebir la limitación de la capacidad de los menores como una restricción injusta de sus derechos y no como lo que verdaderamente es: un instrumento de protección a personas con una situación relativa de mayor debilidad o fragilidad. Reconocer que un niño necesita ser protegido no supone “negarle derechos” sino, justamente organizar un mecanismo para que no sea privado de ellos por personas inescrupulosas.

En ese momento se argumentó también con la necesidad de armonizar la mayoría de edad entre los países del MERCOSUR⁷.

Como consecuencia de esa reforma, se eliminó la emancipación por habilitación de edad, subsistiendo únicamente la emancipación por matrimonio. De tal manera se equiparó la mayoría de edad con el

⁴ La edad establecida por la Ley 17.711, explicaba Borda en esa época, era “una regla prácticamente universal” de la que solamente se apartaban las leyes suiza y soviética (Borda, Guillermo, “La Reforma al Código Civil”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1971, § 44, p. 81).

⁵ Publicada en el B.O. del 22/12/2009.

⁶ Me ocupé del tema en NAVARRO FLORIA, Juan G., “Algunas observaciones a la nueva ley de mayoría de edad”, *Doctrina Judicial*, año XXVI, n° 10, 10/3/10, p. 607.

⁷ RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil, Parte General”, t.I, # 422. Este autor señala sin embargo las inconveniencias y lo innecesario de la reforma. Uruguay estableció la mayoría de edad a los dieciocho años por Ley N° 16.719, de 11/10/95, y Bolivia por ley 2089 del año 2000; y a esa edad se es mayor también en Brasil (art. 5 del Código Civil) y en Chile (art. 270 C.Civil). Pero en Paraguay la mayoría de edad se alcanza a los veinte años (art. 36, Código Civil).

límite de la “niñez”, ya que como es sabido, la Convención sobre los Derechos del Niño califica como tal a toda persona hasta los 18 años de edad, “*salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad antes*” (art. 1). Cabe recordar que muy poco tiempo antes por obra de la Ley 26.449⁸ se había igualado la edad necesaria para contraer matrimonio para ambos sexos (que históricamente y atendiendo a razones biológicas⁹, era inferior para la mujer que para el varón): se fijó para ambos en 18 años (art. 166 inc.5 del viejo Código Civil), sin perjuicio de la posibilidad de dispensa que preveía el viejo art. 167¹⁰.

Ese límite de la minoridad en 18 años fue mantenido por el Código Civil y Comercial, lo mismo que lo referido a la emancipación. Claro que, como ya hemos dicho, el límite se convirtió en poroso, porque la regla, elevada a la categoría de “principio”, pasó a ser la de la autonomía progresiva y por ende la posibilidad de realizar actos según se tuviera el “grado de madurez suficiente”.

Por otra parte, el CCC borró la distinción del viejo Código entre “menores impúberes” (desde el nacimiento hasta los 14 años), que eran incapaces absolutos de hecho; y “menores adultos” (a partir de los 14 años), incapaces relativos. Esa distinción era criticada por la doctrina por inútil, porque no faltaban casos en que aun el menor impúber podía realizar ciertos actos. Sin embargo, la categorización no desapareció del todo, porque el CCC introdujo el concepto de “adolescente”: el menor de edad que ha cumplido los 13 años. Aunque a continuación, también estableció una distinción implícita a los

⁸ Aprobada el 3/12/2008, B.O. 15/1/2009.

⁹ Del mismo modo que es un dato de la biología que hay dos sexos, masculino y femenino (y por tanto, los seres humanos somos varones o mujeres), también es un dato de la biología que la maduración sexual se produce a edad más temprana en la mujer que en el varón. Mientras el matrimonio estuvo ordenado (no exclusivamente, pero sí de modo principal) a la procreación, era razonable vincular la edad núbil con la maduración sexual que hacía posible esa procreación.

¹⁰ “Viejo” relativamente, ya que la institución de la dispensa había sido introducida por la ley 23.515, que elevó la edad núbil de 14 a 16 años para mujer, y de 16 a 18 años para el varón. Sobre esa reforma, ver NAVARRO FLORIA, Juan G., “El matrimonio de menores según la ley 23.515”, ED 124-824.

16 años, edad a la que se reconocen importantes capacidades o competencias.

De manera que en el CCC encontramos:

- a) Niños que son personas por nacer (a tenor de la norma de la ley 23849);
- b) Menores niños en sentido estricto, desde el nacimiento hasta los trece años;
- c) Menores adolescentes a partir de los 13 años; y
- d) Menores adolescentes con competencia ampliada a partir de los 16 años y hasta los 18 años. Los menores que contraigan matrimonio no dejan de ser menores, pero sí quedan emancipados (art. 404)¹¹.

La ley 27364 que en seguida comentaremos, ha introducido una nueva categoría: la de “jóvenes”, entre los 18 años (o 16 años en los casos a los que ella se refiere) y los 21 años, o los 25 si estudian o se capacitan.

2. La ley 27364

El 31 de mayo de 2017 el Congreso de la Nación sancionó una ley, promulgada y publicada con el número 27.364, declarada “*de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República*”

¹¹ El art. 403 establece como “impedimento dirimente” para contraer matrimonio (que lo hace nulo en caso de no ser respetado) el hecho de no tener 18 años. Sin embargo, el art. 404 autoriza a los menores que han cumplido 16 años a casarse, con la sola conformidad de sus representantes legales (o venia judicial supletoria en su caso); y a los que no han cumplido 16 años con dispensa judicial. No hay edad mínima para la dispensa, aunque parece irrazonable pensarla antes de los 13 años. Esto ha llevado a algunos a postular que en realidad la edad núbil son los 16 años (para ambos sexos) y no los 18, toda vez que a esa edad es posible el matrimonio válido sin intervención (dispensa o autorización) de ninguna autoridad. Sin embargo, entre los 16 y los 18 se requiere la asistencia (asentimiento) de los padres, como condición de validez del matrimonio. En ésta como en tantas otras cosas el CCC resulta confuso.

Argentina” (art. 26)¹² y “aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución” (art. 27), mención innecesaria a la luz del art. 7 del CCC. La ley debió reglamentarse “en un plazo máximo de noventa días” (art. 28), cosa que no ocurrió, lo que no obsta a su vigencia que no quedó supeditada a tal reglamentación ni a alguna otra circunstancia. La reglamentación fue dictada el 14 de noviembre de 2018, mediante Decreto 1050/2018¹³.

La ley 27.364 representa un esfuerzo para atender a una situación penosa: la de los adolescentes “institucionalizados”, es decir, los niños que privados de su medio familiar transcurren su niñez y adolescencia en lugares de internación y alcanzan en ellos la mayoría de edad. Se trata de algo que sin duda merece una preocupación y atención cuidadosa. Esos jóvenes son víctimas de circunstancias que no han elegido y también de un sistema que los priva de oportunidades para su desarrollo pleno, lo que constituye una flagrante injusticia. Una de las fallas sistémicas, que no podemos analizar aquí en detalle, es el régimen legal de la adopción que el CCC se ha ocupado de hacer más complejo, trabajoso e ineficiente desde el prejuicio ideológico que mira con desconfianza esa institución.

La ley (art. 2) identifica como destinatarios a “*las/los adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales desde los trece años hasta los veintiún años de edad*”, a los que describe como “*aquellas/os que se hallen separadas/os de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios y residen en dispositivos de cuidado formal en virtud de una medida de protección de derechos dictada de conformidad con los artículos*

¹² ¿Podría no ser aplicable en todo el país, siendo una norma de derecho de fondo (Civil) emanada del Congreso? El Congreso ha dejado de ser legislatura local de la Capital desde la reforma constitucional de 1994, y ya no quedan “territorios nacionales”. De manera que por definición las leyes que dicta son aplicables en todo el territorio nacional. En todo caso, la aclaración haría falta en el caso contrario: si fueran de aplicación sólo en parte de él.

¹³ B.O. 15/11/2018. Esa reglamentación es irrelevante para el tema que aquí nos ocupa, ya que básicamente lo que hace es designar como autoridad de aplicación a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Salud Desarrollo Social (SENAF), crear una comisión interministerial para “articular políticas” y aclarar el alcance de unos pocos artículos de la ley.

33 y siguientes de la ley 26.061 o de la normativa aplicable en el ámbito local” (sic)¹⁴.

No me propongo ahora analizar en detalle las disposiciones de esta ley, que fundamentalmente organiza un dispositivo o instituto denominado “acompañamiento personal”, definido (art. 6) como “*la asignación de una/un referente que tiene por función acompañar a cada adolescente/joven sin cuidado parental en el fortalecimiento de su autonomía*”. Es una suerte de sustituto de la responsabilidad parental regido por principios que se enuncian en el art. 3° en términos análogos a los del art. 639 CCC. Los “referentes” son de aceptación voluntaria por parte del adolescente o joven (art. 4), designados por la autoridad administrativa sin intervención judicial (art. 8), remunerados (art. 9) y encargados de acompañar a sus asistidos en una serie de “dimensiones” (art. 11) entre las que la primera que se enuncia es la “*salud sexual, procreación responsable y planificación familiar*”, antes que la educación, la familia o las “*habilidades para la vida independiente*”. A ese acompañamiento se suma el “*derecho a percibir una asignación económica mensual equivalente al ochenta por ciento de un salario mínimo vital y móvil*”, que se extiende hasta los veinticinco años “*si se trata de jóvenes que estudian o se capacitan en un oficio*” (art. 21).

El punto que me ha llamado la atención es el tercer párrafo del artículo 2°: “*Las/los adolescentes entre dieciséis y dieciocho años de edad incluidos en el presente programa adquieren la mayoría de edad de manera anticipada*”.

Se trata de una novedosa y sorprendente nueva forma de adquisición temprana de la mayoría de edad. No es ni siquiera una forma de emancipación, sino que a esos jóvenes de 16 años se los declara

¹⁴ Resulta lamentable el uso deformado del idioma al que se aficionado el legislador argentino. La pseudoconjunción “y/o” es una monstruosidad idiomática que, en una ley, no hace más que aportar confusión. El abuso de la duplicación de sustantivos y artículos para denotar la inclusión de los dos sexos produce textos ilegibles e impropios de una ley, además de violentar las reglas del idioma. Toda la ley está escrita de ese modo.

llanamente mayores de edad, titulares por lo tanto de una capacidad plena de ejercicio, y desprovistos de toda representación.

Una de las tantas paradojas de esta novedad es que un menor que contrae matrimonio a los 16 años se emancipa pero sigue siendo menor, con algunas mínimas restricciones a su capacidad (artículos 27 al 29 CC). En cambio, los menores institucionalizados dejan de ser menores a los 16 años y se convierten en mayores de edad, sin ninguna restricción.

La norma tiene otra inesperada consecuencia: en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores institucionalizados dejan de ser “niños” a los 16 años y, por ende, pierden la protección que les otorga esa Convención ya que quedan al margen de ella. Ese artículo 1 es claro en el sentido de que el niño deja de serlo si adquiere la mayoría de edad antes de los 18 años, que es precisamente lo que ocurre en el caso. De esta manera, la ley ha venido a convalidar una situación que ya de hecho es penosa, y que se verifica en muchos sino en todos los casos de menores institucionalizados: la pérdida temprana de la niñez. Esto, que se suele señalar como una circunstancia “sociológica”, ahora también es legal.

¿Es esto un beneficio o un favor para estos niños?

La sensación es que más allá de la intención de dotar a estos jóvenes prematuramente convertidos en mayores de edad de un cierto acompañamiento y apoyo, lo que se ha hecho es legalizar su desamparo, privarlos tempranamente de la niñez, e incluso privarlos de la oportunidad de encontrar una familia en la que integrarse por medio de la adopción, como veremos.

La ley 27.364 no ha previsto la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de esta adquisición anticipada de la capacidad, y tampoco lo ha hecho su reglamentación. Es una grave omisión, porque los terceros no tendrán forma de conocer esta circunstancia. De todos modos, esa inscripción habrá de hacerse

porque así lo manda el art. 1 de la ley 26.413¹⁵, pero hubiera sido y sería oportuna una reglamentación que disponga, por ejemplo, quién es el obligado a hacer la inscripción. Sobre todo porque la adquisición de la mayoría de edad ocurre de pleno derecho, sin necesidad de intervención de autoridad judicial alguna.

3. ¿Cuál es la edad de la madurez?

Si la mayoría de edad tiene que ver con la madurez, cabe legítimamente preguntarse cuál es el momento en que ella se alcanza. La tendencia legislativa argentina de las dos últimas décadas en materia de mayoría de edad pareciera sugerir que esa madurez se obtiene a edades cada vez más precoces. Sin embargo, todas las evidencias apuntan a lo contrario; y es lo que también demuestran otras reformas legales.

Por una parte, el período de formación y asistencia escolar se ha venido prolongando. La ley ha impuesto la obligatoriedad de la enseñanza secundaria¹⁶, que obliga a los jóvenes (teóricamente) a permanecer en la escuela hasta los 17 ó 18 años.

Esa prolongación implica un retraso en el acceso a la vida laboral. Ahora bien: ese acceso es de hecho cada vez más difícil para los jóvenes, especialmente para los que tienen menor nivel de estudios,

¹⁵ “*Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”. La misma ley dispone también que “*Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas*”, aunque la norma parece pensada para personas capaces a las que se les restringe la capacidad, y no para incapaces que dejan de serlo prematuramente.

¹⁶ Según el art. 16 de la Ley Nacional de Educación (26.206), “*La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cuatro (4) años hasta la finalización del nivel de la educación secundaria*”. La educación inicial se extiende hasta los cinco años (art. 18). La educación primaria se cursa a partir de los seis años (art. 26) y se extiende por seis o siete años (es decir, hasta los 11 ó 12 años). El nivel secundario se extiende por seis o cinco años (es decir, al menos hasta los 17 años cumplidos).

lo que retroalimenta el dato anterior¹⁷. Más allá de las circunstancias propias de la crisis económica perpetua de la Argentina, en todo el mundo se registra un mayor índice de desempleo entre los jóvenes.

Más allá de la dinámica de la economía, la legislación laboral desalienta severamente el trabajo infantil y juvenil, y eso está muy bien. No solamente porque los niños (que lo son en principio hasta los 18 años) deben dedicarse a estudiar, sino también porque el acceso prematuro a la vida laboral los privaría del ejercicio de otros derechos. Como el derecho a jugar, que expresamente reconoce la ley 26.061.

El viejo Código Civil autorizaba el trabajo de menores a partir de los 14 años con autorización de sus padres, y sin ella a partir de los 18 años o aún antes si hubieran obtenido título habilitante (art. 128); aunque el art. 275 (texto según la ley 23.264) prohibía el ejercicio de “oficio, profesión o industria” antes de los 18 años¹⁸.

Pero luego la legislación laboral restringió, en buena hora, la posibilidad del trabajo de menores. Así, la ley 26.390¹⁹ organizó el tema del siguiente modo: a) Prohibió absolutamente el trabajo de

¹⁷ Según demuestra el Observatorio de la Deuda Social de la UCA: “Se registran elevadas tasas de desocupación y empleo precario entre los jóvenes. [...] Casi 1 de cada 5 jóvenes activos está desempleado (18,1%) –una tasa que triplica la de la población de 30 a 60 años-, lo que afecta particularmente a los menores y a las mujeres. Asimismo, 1 de cada 4 jóvenes ocupados (23,1%) trabaja menos de 35 horas semanales y desearía trabajar más horas [...] En esta línea, mientras sólo 4 de cada 10 jóvenes ocupados en la Argentina urbana tienen un empleo pleno de derechos (39,7%), casi 3 de cada 10 tienen empleos precarios (28%) y otros 3 de cada 10 se insertan en posiciones de subempleo inestable (32,3%).” (<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2018/2018-Observatorio-Informe-%20Especial-Juventudes-Desiguales.pdf> , accedido 24/12/2018).

¹⁸ Para algunos la norma del art. 275 había derogado tácitamente la posibilidad de ejercicio de su profesión por parte del menor que hubiera adquirido título habilitante (BOSSERT, Gustavo y ZANONNI, Eduardo, “Régimen legal de filiación y patria potestad Ley 23.264”, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 333). En mi opinión, esa posibilidad subsistía, porque la previsión del artículo 128 (menor con título habilitante) era una norma especial en relación a la norma del artículo 275 (ejercicio profesional), y perteneciendo ambas al mismo cuerpo legal era preferible una interpretación armonizadora que permitiese la vigencia simultánea de ambas.

¹⁹ Aprobada el 4 de junio de 2008 y publicada en el Boletín Oficial el 25 de junio de 2008. Esta ley contiene una gran cantidad de provisiones para el trabajo adolescente, que omito referir aquí por exceder el objeto de este trabajo.

menores de dieciséis años “*en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no*” (artículo 2); b) autorizó el contrato de trabajo de menores con dieciséis años cumplidos y hasta los dieciocho años, con autorización de sus padres (que se presume si el menor no vive con ellos); c) como excepción autorizó el trabajo de menores de más de catorce años en empresas de sus padres y por no más de tres horas diarias o quince semanales, en tanto cumplan con la asistencia escolar (artículo 8); d) a partir de los dieciocho años la capacidad laboral es plena.

Lo cierto es que la ley desalienta fuertemente la incorporación al mercado laboral antes de los dieciocho años, porque considera que hasta entonces debe darse prevalencia a la educación y formación. Esta elevación de la edad mínima laboral lleva una dirección contraria al anticipo de la mayoría de edad.

Otro indicador relevante es el matrimonio. Lo primero que salta a la vista es que se trata de una institución que va cayendo en desuso. Seguramente ese fenómeno no es ajeno a la progresiva desfiguración que ha sufrido, hasta su culminación con la introducción del llamado “matrimonio igualitario”. El matrimonio civil ha perdido sus notas de estabilidad (no ya de indisolubilidad), de fidelidad, de convivencia e incluso de espacio de complementación sexual. Es una unión endeble, provisoria, vacía de contenido y por lo tanto muy poco atractiva. Por consiguiente, cada vez son menos los que se casan. Pero además, lo hacen cada vez a mayor edad²⁰.

La edad para contraer matrimonio (“edad núbil”) ha experimentado un proceso inverso al de la mayoría de edad, por atendibles razones sociológicas y psicológicas. Hay un proceso de extensión de la vida humana, de extensión también de la adolescencia y retraso en la maduración, demora en el acceso al mercado laboral, prolongación de los estudios. Todo eso hace que los pocos matrimonios que

²⁰ Así lo registran tanto las estadísticas (por ejemplo, <http://www.estadisticaciudad.gob.ar/ey-c/?p=77799>), como la crónica periodística (https://www.clarin.com/sociedad/dar-vez-tarde-pare-jas-ahora-casan-34_0_BysBlmDff.html).

se celebran lo sean a edad cada vez más tardía. Hay una encomiable tendencia a asegurar el “pleno y libre consentimiento” de quienes se casan, tal como ya requiere la Declaración Universal de los Derechos del Hombre²¹.

Para no remontarnos más atrás, recordemos que la Ley 2393 (art. 9) había fijado la edad núbil en doce años para la mujer y catorce para el varón, manteniendo la edad implícita en el Código Civil de Vélez²². La ley 14.394 (art. 14) elevó las edades a 14 y 16 años respectivamente²³; y luego la ley 23515 a 16 y 18, con posibilidad de dispensa judicial para los menores de esa edad (arts. 166 y 167 del Código Civil, texto según esa ley). Finalmente, la ley 26.499 igualó la edad núbil en 18 años para mujeres y varones, con el argumento de que de lo contrario se imponía una discriminación²⁴. Criterio mantenido por el CCC.

Pero lo cierto es que el legislador al correr el límite de la edad para el matrimonio siempre hacia arriba, ha reconocido la adquisición cada vez más tardía de la madurez necesaria para ese acto trascendente.

²¹ A dar virtualidad a esa exigencia y a abolir totalmente el matrimonio de niños y los esponsales de jóvenes antes de la edad núbil, apunta la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios”, firmada en Nueva York el 7 de noviembre de 1962, que encomienda a los Estados fijar la edad mínima para contraer matrimonio sin la cual éste no podrá celebrarse salvo dispensa por razones especiales en interés de los contrayentes (no de terceros, como puede ser la tribu, la familia o los padres) y exige el consentimiento pleno y libre prestado personalmente por los contrayentes. La Argentina aprobó la adhesión a la Convención por ley 18.444.

²² Cfr. ZAMBRIZZI, Eduardo, “Tratado de Derecho de Familia”, 2ª Ed., Buenos Aires, La Ley, T.I, p. 435.

²³ Es la edad mínima todavía hoy para el Derecho Canónico universal (can.1083), que sin embargo autoriza a las Conferencias Episcopales a establecer una edad superior para la licitud de la celebración (can. 1083, # 2), tal como hizo la Conferencia Episcopal Argentina fijándola en dieciséis y dieciocho años, en coincidencia con lo dispuesto por la ley 23.515.

²⁴ Esta modificación mereció tanto críticas como elogios: ZAMBRIZZI, Eduardo, “La modificación de la ley 26.449 al artículo 166 del Código Civil”, EDLA 8/2009, 22/5/2009; ROMERO, Clara y ORTELLI, Ana María, “Una acertada reforma. Comentario a la ley 26.449”, ED 232-657.

4. Efecto de la mayoría de edad anticipada

La ley 27364 no contiene ninguna explicación de las razones que aconsejarían anticipar la mayoría de edad de los menores involucrados.

Su reglamentación se limita a afirmar que *“Las/los adolescentes entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, incluidos en el Programa, adquieren la mayoría de edad de acuerdo a las disposiciones del Capítulo 2, Título I, Libro I del Código Civil y Comercial de la Nación”*.

La referencia es confusa. El capítulo del CCC al que remite es el dedicado a la capacidad. Ninguna norma en él se refiere a la adquisición de la mayoría de edad a los 16 años. Al contrario: en ese capítulo, todos los que no han cumplido 18 años son menores (art. 25). En ese capítulo se contienen también las normas sobre emancipación por matrimonio (arts. 27 al 29) que claramente no aplican a la persona que ya alcanzó la mayoría de edad conforme a la ley 27.364, porque no tendría de quien emanciparse. El art. 30 se refiere al menor que ha obtenido un título habilitante, pero las personas comprendidas en la ley 27.364 ya no son menores, sino mayores. Claramente, la Sección Tercera del capítulo, dedicada a las personas con capacidad restringida, no se refiere al tema que nos ocupa. Por lo tanto, la remisión que hace el Reglamento aprobado por el Decreto 1050/2018 está vacía de contenido.

Veamos entonces cuales son para un menor de 16 años las consecuencias jurídicas de estar privado de cuidados parentales y, por ende, adquirir tempranamente la mayoría de edad. Se trata según la ley de aquellos jóvenes o adolescentes que *“se hallen separadas/os de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios y residan en dispositivos de cuidado formal”*²⁵ en virtud de una medida de protección de derechos dictada de

²⁵ Según la reglamentación: “Quedan comprendidos dentro de “dispositivo de cuidado formal”: institutos, hogares, residencias juveniles, casas hogares, familias cuidadoras, familias comunitarias,

conformidad con los artículos 33 y siguientes de la ley 26.061 o de la normativa aplicable en el ámbito local.”

De esa situación de hecho, ahora la ley deriva una situación de derecho (la mayoría de edad anticipada), con las consecuencias siguientes:

- 1) Al cumplir los 16 años alcanzan la mayoría de edad. Esto ocurre de pleno derecho, automáticamente, porque la ley no ha previsto ningún otro mecanismo, intervención judicial o administrativa, evaluación del caso o algún otro recaudo. Por lo tanto, sus padres perderán su representación legal (art. 677 CCC y siguientes), y ya no será necesario ni posible designarles un tutor si carecieran de ellos (art. 104 CCC *a contrario*).

Hay que notar que la ley no se aplica solamente a menores huérfanos de padres, sino a quienes estén “separados de su familia”, lo que como decimos es una situación de hecho. El menor puede tener padres conocidos e incluso mantener alguna relación con ellos, pero residir en un instituto, hogar, familia de tránsito, etcétera. Es más: la propia ley prevé que una parte del acompañamiento a los jóvenes consiste orientarlos para que “*Aborden el vínculo con su familia de origen, extensa y/o ampliada de la manera más saludable de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso*” (art. 16). Sólo que lo harán siendo ya mayores de edad.

- 2) Por lo tanto, el mayor de edad a los 16 tendrá plena capacidad de ejercicio para todos los actos de la vida civil.

El sistema de “acompañamiento” que establece la ley 27.364 no es un régimen de asistencia, y mucho menos de representación. No se requiere la intervención del acompañante para

familias de acogimiento, pequeños hogares, familias solidarias, familias sustitutas, familias de tránsito, familias de contención, amas externas, familias guardadoras, hogares transitorios”. La norma no dice que la enumeración sea taxativa, al contrario: los supuestos que enuncia “quedan comprendidos” dentro del concepto que, por lo tanto, ha de ser más amplio.

la validez de los actos que realice el joven, que ya es mayor de edad. Podrá administrar sus bienes y disponer de ellos sin intervención de nadie. Se dirá que estos jóvenes carecen de patrimonio, y probablemente sea así en la mayoría de los casos. También los adolescentes que viven con sus padres en general carecen de patrimonio propio significativo, pero no por eso la ley los convierte en mayores de edad y les da la libre administración y disposición de lo poco o mucho que tengan.

- 3) Hasta los 21 años, podrá ser beneficiario del régimen de “acompañamiento personal” que organiza la ley 27.364 “*a fin de garantizar su plena inclusión social y su máximo desarrollo personal y social*” (art. 1). Pero únicamente si el joven lo desea y mientras mantenga ese deseo: el programa “*es voluntario, siendo en todos los casos necesario que la/el adolescentel/joven otorgue su consentimiento informado y debiendo finalizarse en cualquier momento si la/el adolescentel/joven así lo decide y lo manifiesta de modo fehaciente*”.

Este régimen pone un énfasis especial en “*La dimensión de salud, salud sexual, procreación responsable y planificación familiar*”, que es la mencionada en primer término (art. 12), con acento en el ejercicio autónomo de la sexualidad, el uso de anticonceptivos, la prevención de embarazos no deseados; y también el ejercicio de “*su derecho a la autonomía y elección de su identidad de género, sin limitaciones de ningún orden*” (art. 19). Sólo en segundo término se preocupa por la educación del joven.

- 4) El joven ya no podrá ser considerado niño, tal como dijimos antes. Por lo tanto, no podrá reclamar los derechos que reconocen a los niños la Convención en la materia y la ley 26.061. Ya no se beneficiará de la aplicación de la norma de prevalencia del interés superior del niño, porque ha dejado de serlo; ni estará sujeto a la representación del Ministerio Público de menores, que no deberá intervenir en los procesos en que sea parte.

Como ya no es niño, los parientes no están obligados a denunciar su desamparo, y por tanto no están expuestos a sanciones por omitir hacerlo (art. 111 CCC).

- 5) Al haber alcanzado la mayoría de edad, cesa la responsabilidad parental de sus progenitores (art. 638 CCC).

Por consiguiente, también desaparece la responsabilidad objetiva de los padres por los hechos de los hijos (art. 1755 CCC). El ahora mayor de edad, y sólo él, será responsable por los daños que provoque.

En caso de que asistan a un establecimiento educativo, el titular de éste no tendrá responsabilidad objetiva por los daños que cause el ahora novel mayor edad, ni tampoco por los que sufra (art. 1767 CCC). Quedará por lo tanto más desprotegido que sus compañeros de la misma edad.

- 6) Conservará el derecho alimentario frente a sus progenitores, porque la obligación de alimentos no cesa con la mayoría de edad, sino a los 21 años. Sin embargo, los progenitores podrán eximirse del deber alimentario si prueban que el joven (de 16 años) cuenta con recursos suficientes para proveerse de alimentos por sí mismo. En los demás casos, sólo podrán recurrir a esa prueba y exoneración de responsabilidad a partir de los 18 años del alimentado.

Por otra parte, si se aplica literalmente la ley, los alimentos debidos al joven mayor de edad a los 16 años no incluyen “lo necesario para la educación”, porque este rubro sólo está previsto “si el alimentado es una persona menor de edad” (art. 541 CCC).

- 7) Tendrá derecho a “*percibir una asignación económica mensual equivalente al ochenta por ciento (80%) de un salario mínimo vital y móvil a partir del momento del egreso de los dispositivos de cuidado formal*” (art. 21 de la ley 27.364), que cobrará y administrará por sí mismo.

“Si se trata de jóvenes que estudian o se capacitan en un oficio, este beneficio se puede extender hasta los veinticinco (25) años, de conformidad con lo previsto en el artículo 663 del Código Civil y Comercial”²⁶. En realidad el art. 633 CCC extiende en el tiempo la obligación alimentaria de los padres cuando el hijo mayor de edad estudia o se capacita, en las condiciones que describe esa norma. La ley 27.364 coloca al Estado en el lugar de los padres. La remisión al CCC debe interpretarse, me parece, en el sentido de que la prolongación del derecho al cobro de la asignación estará condicionada a que se cumplan las condiciones previstas en el art. 633. La reglamentación no lo aclara.

- 8) Podrá dar directivas médicas anticipadas y tomar decisiones respecto de la propia incapacidad (art. 60 CCC), así como disponer respecto de sus exequias e inhumación (art. 61 CCC). En ambos casos se requiere ser “persona plenamente capaz”, y quienes alcancen la mayoría de edad a los 16 años lo serán.
- 9) ¿Puede contraer matrimonio sin asistencia ni dispensa? Aquí la ley cruje. El impedimento de edad (art. 403) no consiste en ser menor de edad, sino en “tener menos de dieciocho años”. Quienes alcanzan la mayoría de edad a los 16 años siguen siendo menores de 18 y, por lo tanto, alcanzados por el impedimento.

El art. 404 CCC prevé que quienes tienen 16 años pueden casarse con “autorización de sus representantes legales”. Pero por definición, las personas de quienes venimos hablando carecen de tales representantes, porque son mayores de edad. Por lo tanto, pareciera que para poder contraer matrimonio válidamente requerirán la dispensa judicial. Claro que la ley

²⁶ La reglamentación relativiza este derecho, porque dice: “Las/os jóvenes mayores de VEINTIÚN (21) años que estudien o se capaciten en un oficio o en una institución formal, podrán continuar en el Programa, acreditando la permanencia en la institución de formación y el avance en el plan de estudios, por el período y en la forma que determine la Autoridad de Aplicación”.

27.364 ni siquiera ha previsto la posibilidad de que los jóvenes a los que se refiere contraigan matrimonio, sino, a tono con los tiempos, únicamente que *“establezcan vínculos saludables y libres de todo tipo de violencia con sus parejas”* (art. 16).

10) Puede testar, porque para eso es necesario ser mayor de edad (art. 2464 CCC). Puede aceptar o repudiar las herencias que le sean deferidas, y puede hacer partición privada de las que reciba (art. 2369).

11) Ya no podrá ser adoptado (salvo que se trate de la adopción de integración, que parece de hecho imposible en el caso de quienes estaban privados de cuidados parentales), porque la adopción sólo procede respecto de menores de edad (art. 597).

Se trata de otro golpe asestado a la adopción. Así por ejemplo, si hubiera dos o tres hermanitos de 16, 12 y 8 años privados de cuidados parentales y que no quieran separarse, sólo los dos menores podrían ser adoptados, quedando excluido el hermano mayor. Se priva así al joven en situación de desamparo de la posibilidad de acceder a un vínculo mucho más sólido, estable y apto para protegerlo. Hay aquí claramente un error del legislador, que debió al menos prever la excepción a la regla de que sólo pueden ser adoptados niños, o menores de edad.

Esto me parece particularmente penoso. La adopción (aun a los 16 ó 17 años, y reconociendo que los casos en que se accede a ella tienden a ser excepcionales) es probablemente la última posibilidad para estos adolescentes de integrarse en una familia y acceder a un ambiente sano. La ley los priva de cuajo de esta posibilidad, condenándolos a una orfandad perpetua.

La enumeración precedente solamente toma en cuenta algunas instituciones del Derecho Civil. No hemos indagado en las consecuencias o efectos que puede tener la adquisición anticipada de la mayoría de edad en otras ramas del Derecho, como pueden ser el Derecho

Penal o el Derecho Laboral²⁷ o de la Seguridad Social²⁸. En cualquier caso, lo que una vez más se comprueba es que el ordenamiento jurídico es un delicado mecanismo de relojería, y que quitar o cambiar un engranaje puede provocar efectos inesperados, contraproducentes, o trabar el funcionamiento. Legislar no es tarea para improvisados, por excelentes que sean sus intenciones. Lo que resulta alarmante es que el Congreso (y en su caso el Poder Ejecutivo) carezca de personas con idoneidad técnica que, ante iniciativas legislativas que pueden estar preñadas de buenos deseos, adviertan el conjunto de consecuencias que puede tener un cambio aparentemente menor.

5. Las categorías jurídicas de “joven” y “adulto”

El CCC introdujo una nueva categoría jurídica indefinida: la de “adulto”. Lo hace en el art. 26 cuando establece que *“A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*.

No dice que a los 16 años se es adulto, sino que se sigue siendo adolescente (que es “la persona menor de edad que cumplió trece años”, art. 25 CCC), pero que en orden a las decisiones sobre el cuidado del cuerpo se es “como un adulto”.

²⁷ La ya mencionada Ley 26.390 prohíbe el contrato de trabajo a personas con menos de 18 años. A partir de los 16 años el contrato de trabajo sólo es posible *“con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos”*. Por lo que un adolescente “sin cuidados parentales” en los términos de la ley 27.364 podría celebrarlo, pero únicamente por seis horas diarias o treinta y seis semanales y nunca en trabajo nocturno (art. 190, LCT), a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad...

²⁸ En materia previsional, si el joven que adquiere la mayoría de edad a los 16 años gozaba o tenía derecho a una pensión derivada de un beneficio previsional de su padre o madre, la conservará hasta los 18 años, porque la pensión se mantiene hasta esa edad y no hasta la mayoría de edad (art. 53, ley 24.241). Aunque también cabe recordar que el art. 5º de la ley 26.579, que no fue derogada, dispone que *“ Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los DIECIOCHO (18) años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los VEINTIUN (21) años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta”*.

¿Cómo “es” un adulto? No lo sabemos. El Código no define esa categoría, no especifica si es sinónimo de “mayor de edad” o significa algo distinto, no establece derechos y obligaciones propios de ella²⁹. Tampoco define desde qué momento se es “adulto” (si eso significara algo diferente de “mayor de edad”: caso contrario, no se entiende por qué el uso de una denominación distinta). La confusión se acentúa si se recuerda que en el viejo código había “menores adultos”, que ahora son llamados adolescentes.

La ley 27.364 introduce otra nueva categoría jurídica indeterminada, que es la de “jóvenes”.

El art. 2 hace referencia a *“las/los adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales desde los trece (13) años hasta los veintiún (21) años de edad”*. Sabemos que “adolescente” es la persona menor de edad a partir de los 13 años. Hasta ahora lo eran hasta los 18 (cuando alcanzaban la mayoría de edad), pero ahora lo serán hasta los 18 o hasta los 16, según sea el caso.

O no. Porque el mismo artículo 2 dice que *“Las/los adolescentes entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad incluidos en el presente programa adquieren la mayoría de edad de manera anticipada”*. De manera que a estar al texto de la ley, siguen siendo adolescentes, aunque sean mayores de edad.

De manera que ahora habrá adolescentes menores de edad y adolescentes mayores de edad.

La ley establece como principio la *“Autonomía progresiva de la/ el adolescente conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye el acompañamiento previsto en la presente ley”*. Es una norma que parafrasea el art. 639 CCC, reemplazando “representación” por “acompañamiento”, que

²⁹ Si contamos con una definición de “persona mayor”, que según el art. 2 de la Convención Interamericana Sobre La Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores es *“Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”*. Pero se trata notoriamente de algo diferente.

es el nuevo instituto creado por la ley y que de esa manera se presenta como sustituto de aquella.

Luego, a lo largo de toda la ley, se habla de “adolescentes y jóvenes”. Lo que con bastante evidencia denota que se trata de dos categorías diferentes.

La ley crea un “Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales” (art. 5), que se extiende a lo largo de dos etapas (art. 7°): *“La primera se extiende desde los trece (13) años o desde el ingreso de la/el adolescente al dispositivo de cuidado formal si éste fuera posterior, hasta el egreso del mismo”,* y *“La segunda etapa se extiende desde el egreso del dispositivo de cuidado formal hasta los veintiún (21) años de edad”.*

De allí podemos deducir que “joven” es la persona entre los 18 años (que es el límite superior de la adolescencia, aunque la mayoría de edad pudo haberse alcanzado a los 16), y los 21 años. Pero a su vez el límite superior de la “juventud” puede extenderse hasta los 25 años, *“Si se trata de jóvenes que estudian o se capacitan en un oficio”* (art. 21). Aquí la ley parafrasea al art. 663 CCC (al que remite), sólo que en esta norma el sujeto es el “hijo”. Pero como la ley 27364 se refiere a personas que por definición están distanciadas de sus padres, evita el término hijo.

La condición o estado de joven no tiene consecuencias jurídicas claras. La única concreta parece ser el derecho a una prestación alimentaria (si el joven tiene padres que se ocupan de él) o a una asignación económica que la sustituye, si es un joven “sin cuidados parentales”.

Cabe recordar que la ley 26.227³⁰, del año 2007, creó el *“Consejo Federal de la Juventud, cuya misión será colaborar con el diseño y coordinación interjurisdiccional de las políticas de juventud”* (art. 1). Pero no define qué debe entenderse por “juventud”, “juve-

³⁰ B.O. 26/4/2007. Tampoco su reglamentación (Decreto 196/2008, BO 4/2/2008) arroja luz.

nil” o “joven”, que aparecen como conceptos más sociológicos que jurídicos. El Decreto 174/2018³¹ creó el “Instituto Nacional de la Juventud – INJUVE”, en el ámbito del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, sin tampoco aclarar los conceptos.

6. Conclusiones provisorias

La ley 27364, cuyas buenas intenciones no cabe poner en duda, es otro ejemplo más de los muchos que pueden señalarse en los últimos tiempos, del modo defectuoso, descuidado e imprudente como se legisla en la Argentina.

Sin profundizar ni abrir juicio sobre el “Programa de Acompañamiento” que instituye y que es su principal objeto, hay que notar que ella irrumpe en el Derecho Civil estableciendo sin fundamentación conocida o explicitada, ni cuidado por las consecuencias, un supuesto novedoso de mayoría de edad anticipada. Y lo hace sin un mínimo cuidado por armonizar esa novedad con la legislación previa, creando nuevos tembladerales jurídicos.

Cuando aún no nos hemos repuesto de la catarata de novedades propinada por el Código Civil y Comercial, el Derecho Civil de las personas y la familia se sigue haciendo cada día más evanescente, con instituciones de límites imprecisos, que atentan contra la seguridad jurídica. Y también, so pretexto de “ampliación” de derechos humanos, contra la solidez de esos mismos derechos.

El régimen de incapacidad de los menores no es un desconocimiento o agravio a su condición de sujetos de derecho, ni es una imposición de la “sociedad patriarcal” a la que ahora se quiere demoler con ahínco. Es una institución sabia que tiende a la protección de los niños reconociendo en ellos una situación de debilidad o desventaja que nada niega de su condición de sujetos y titulares de derechos. Si

³¹ B.O. 5/3/2018.

no se lo entiende así lo que se obtiene es dejar a niños y adolescentes a la intemperie y expuestos a sufrir toda clase de abusos.

La mayoría de edad anticipada para los menores privados de cuidados parentales es un error. Esos niños necesitan más protección y no menos. En todo caso podría pensarse en alguna suerte de emancipación parcial que atienda a su situación, pero sin negarles la condición de niños, con la atención preferencial que ella conlleva. Especialmente, no se los debería privar de la posibilidad de ser adoptados, sino que debería promoverse ese camino para su integración en una familia, que es el mejor ámbito de protección que pueden tener, mucho más que un “acompañante” a sueldo provisto por el Estado. Y finalmente, si hubiera razones que por ahora se nos escapan para convertir en mayores de edad a niños de 16 años, es indispensable una revisión cuidadosa de todo el ordenamiento para ajustarlo a esa novedad.

Maternidad subrogada: análisis jurídico de una problemática actual¹

por Analía G. Pastore²

Sumario:

- A) Introito.
- B) Variantes del acuerdo de maternidad subrogada.
- C) La respuesta del derecho comparado.
- D) Subrogación materna internacional.
- E) Razones que justifican la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada.
 - 1) Cosificación del niño.
 - 2) Vulneración del principio de indisponibilidad del estado de las personas.

¹ Conferencia pronunciada en el Seminario “Maternidad subrogada: Enfoque interdisciplinario de una problemática actual”, Instituto de Bioética, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 80°. Aniversario, Buenos Aires, 15-06-18.

² Abogada graduada con Diploma de Honor (PUCA), Especialista en Derecho de Familia (PUCA), Profesora Ordinaria (PUCA), Coordinadora Académica de la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho de Familia (PUCA), Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Miembro de la Sección Bioderecho y Familia del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

- 3) Mercantilización del hijo.
 - 4) Tráfico de niños.
 - 5) Fragmentación de la filiación.
 - 6) Desmembración de la identidad del niño.
 - 7) Instrumentalización de la mujer gestante.
 - 8) Explotación de la mujer.
 - 9) Vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano.
 - 10) Negación de la importancia del vínculo intrauterino materno filial.
 - 11) Inconsideración de riesgos para la salud y el bienestar del niño.
 - 12) Existencia de un conflicto de intereses.
- F) La posición de diversos organismos intergubernamentales.
G) El contexto normativo en el derecho argentino.
H) Reflexión final.

A. Introito

La subrogación materna impacta sobre la regulación normativa del hecho procreativo en miras a la determinación legal del vínculo filial. Surge, entonces, la necesidad de establecer si el ordenamiento jurídico debe reconocer y respetar ciertas condiciones mínimas para resguardar el bien de las personas y el orden social.

Si bien tradicionalmente se ha considerado que la preservación del nexo que liga sexualidad, gestación y filiación –causa fuente principal del sistema de parentesco– era la clave de la estructuración social, fundada en la naturaleza del hombre y orientada al bien común, la irrupción de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) primero, y la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo después, fueron desdibujando aquella realidad entronizando el deseo individual de tener un hijo como la directriz sobre la que debía erigirse el entramado filiatorio.

La sustitución del vínculo biológico por la voluntad procreativa en la ordenación de las relaciones filiales no es socialmente indenne³. Muy por el contrario, debilita al extremo de aniquilar la noción de procreación como un hecho natural de máxima relevancia a partir del cual se atribuye la responsabilidad parental a los progenitores; transforma las condiciones biológicas naturales para procrear en valedades que deben ser sorteados, y desnaturaliza el vínculo materno filial propiciando la ruptura entre gestación y maternidad legal por considerarla menos significativa que la satisfacción del deseo de tener un hijo por parte de quien no puede o no quiere gestarlo⁴.

Si bien es muy difícil dimensionar con precisión la envergadura de esta problemática en la actualidad⁵, confluyen una serie de factores indicadores de un aumento de la práctica que son útiles para alertarnos sobre esta cuestión. Entre ellos pueden señalarse la cantidad de agencias y clínicas que ofrecen el servicio de subrogación materna por internet⁶; la creciente frecuencia con que los medios de comunicación dan cuenta sobre niños nacidos por subrogación materna⁷; el aumento de jurisprudencia relativa al tema en diver-

³ El Comité de Bioética de España así lo manifestó: “Se trata, pues, de una práctica inédita hasta los tiempos recientes y con un enorme impacto en todos los planos de la vida humana: cultural, social, ético y jurídico”. Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 2.

⁴ Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 21-22.

⁵ Debido, principalmente, a que la subrogación tradicional no requiere necesariamente intervención médica pudiendo desarrollarse de modo informal entre las partes interesadas; en los casos de subrogación gestacional las estadísticas comunicadas oficialmente no registran necesariamente el acuerdo de subrogación sino sólo el procedimiento de fecundación *in vitro* (FIV); en muchos países no existe ninguna disposición legal, reglamentaria ni régimen de licencias para los tratamientos de fertilidad y/o subrogación, con la consecuente inexistencia de mecanismos formales de información, y en los países donde está legalmente prohibida, el riesgo de enfrentarse a acciones penales dificulta aún más la recopilación de datos fidedignos. Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Dirección General de Políticas Interiores, “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, Unión Europea, 2012, p. 3. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

⁶ Entre ellas, se destaca el Centro de Reproducción Humana BioTexCom que ofrece el servicio de maternidad subrogada en Kiev, Ucrania, con tres paquetes alternativos de subrogación: Económico (€29.900), Estándar (€39.900) y VIP (€49.900).

⁷ PARLAMENTO EUROPEO, Dirección General de Políticas Interiores, “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, Unión Europea, 2012, p. 3. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

sas jurisdicciones, suscitada alrededor del reconocimiento formal de emplazamientos filiales foráneos basados en acuerdos de subrogación⁸; el impulso de proyectos de ley tendientes a regular la práctica en aquellos países donde no existen provisiones expresas o el procedimiento se encuentra prohibido; así como el aumento de informes e investigaciones en el ámbito del Derecho Internacional Privado sobre las dificultades jurídicas que presentan los acuerdos de subrogación materna transfronterizos.

B. Variantes del acuerdo de maternidad subrogada

La maternidad subrogada⁹ supone que una mujer acepta gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado para asumir su paternidad/maternidad¹⁰. Se distingue la subrogación materna tradicional –cuando la mujer gestante es además aportante del óvulo– de la gestacional¹¹ –cuando la

⁸ Mientras que algunos países como Francia han negado efectos jurídicos a la subrogación realizada en el extranjero con fundamento en las políticas públicas; en otros como Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Irlanda, los Países Bajos, Suecia y Reino Unido se ha recurrido a la adopción o a otras medidas previstas por el Derecho de Familia para garantizar la seguridad jurídica del niño. Por ejemplo, los tribunales británicos pueden conceder una “orden de residencia” no parental en virtud de la *Children Act 1989*, si se cumplen ciertos requisitos, que otorga automáticamente la responsabilidad parental, pero no la paternidad legal. En Australia también se han concedido “órdenes de responsabilidad parental” a los comitentes, mientras que la paternidad legal no fue reconocida en *Dudley y Chedi* (2011) FamCA 502; *Hubert y Juntasa* (2011) FamCA 504; *Findlay y Punyawong* (2011) FamCA 503, y *Johnson y Anor & Chompunut* (2011) FamCA 505. Cfr. MILLBANK, J., “The New surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or ‘25 brick walls’?”, 2012, 35 (2) *Melbourne University Law Review*, pp. 1-44.

⁹ Si bien se la denomina de diversos modos, descartamos “alquiler de vientre” porque el acuerdo involucra a la mujer gestante en todo su ser integral. Tampoco nos parece apropiado “maternidad por sustitución” porque la maternidad no es sustituible sino que es genética y biológica. Finalmente, referirse a ella como “gestación subrogada” oculta una parte fundamental de la esencia de la maternidad. Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 9.

¹⁰ En el Diccionario de la Real Academia Española la primera acepción de “maternidad” es “estado o cualidad de madre”, y de “madre” es “mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie”.

¹¹ Cuando la madre gestante también es aportante del óvulo se suele hablar de maternidad subrogada “de baja tecnología” (*partial surrogacy*), mientras que cuando es tan solo gestante se denomina ma-

embarazada no tiene vínculo genético con el niño—, esta última con predominante ocurrencia¹².

La diversidad de criterios identificables permite categorizar las distintas formas que puede asumir el acuerdo de maternidad subrogada. Así, la finalidad con la que actúa la gestante puede ser altruista o lucrativa¹³; entre la gestante y los comitentes puede existir o no un vínculo familiar o afectivo¹⁴; las condiciones de entrega del niño pueden suponer que la gestante haya renunciado a la maternidad antes del nacimiento o que la decisión deba ser tomada en los días subsiguientes al parto¹⁵; el origen genético del niño puede vincularlo con ambos comitentes, con uno de ellos o con ninguno, del mismo modo que el óvulo pudo o no ser aportado por la gestante¹⁶; el emplazamiento filial puede ser con madre y padre, dos padres, dos madres, una madre o un padre; la causa del recurso a la maternidad subrogada puede ser o no médica, incluyéndose razones biológicas, profesionales, sociales o personales; de acuerdo a la localización geográfica de la gestante y los comitentes puede ser o no internacional; el nivel de conocimiento y libertad de la gestante no

ternidad subrogada “de alta tecnología” (*full surrogacy*). Cfr. MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 224.

¹² GUZMÁN, Victoria R., “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: Should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, *Houston Journal of International Law*, 2016, Vol. 38:2, p. 623.

¹³ Es altruista cuando la mujer no percibe retribución por gestar si bien podría recibir alguna compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que pudiera ocasionarle el embarazo; en la lucrativa, en cambio, se retribuye la prestación de un servicio. Cfr. GUZMÁN, Victoria R., “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: Should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, *Houston Journal of International Law*, 2016, Vol. 38:2, p. 624.

¹⁴ Si fueran familiares el niño tendría un doble vínculo con la gestante, derivado de la gestación y del parentesco surgido de la filiación legal.

¹⁵ Los modelos lucrativos conllevan la renuncia de la maternidad antes del nacimiento y si la gestante incumpliera incurriría en responsabilidad.

¹⁶ Los padres genéticos del niño podrían ser el varón y la mujer comitentes de la gestación subrogada, el varón comitente y la mujer gestante, el varón comitente y una donante del óvulo, un donante de esperma y la mujer comitente, un donante de esperma y la mujer gestante o donantes de esperma y óvulo.

siempre garantiza su consentimiento¹⁷; en la relación jurídica entre comitentes y gestante suele intermediar una agencia o agente; puede existir o no un marco legal que garantice la seguridad jurídica en el proceso¹⁸; puede originarse en una inseminación artificial o en una fecundación *in vitro*; la gestante puede ser o no primípara y reincidente; puede preverse o no la reducción embrionaria para el supuesto de gestación múltiple o la eliminación de embriones con afecciones detectadas durante el embarazo¹⁹.

C. La respuesta del derecho comparado

La regulación de la maternidad subrogada en el mundo es diversa, compleja y variable. Algunos países la permiten para personas solas, o parejas de igual o distinto sexo; otros, en cambio, restringen la oferta a parejas heterosexuales infértiles. Unos aceptan sólo la subrogación gestacional y otros también la tradicional. Algunos permiten contratos por los que los comitentes se convierten en padres desde el inicio del embarazo y otros establecen que la gestante es la madre y sólo después del nacimiento puede renunciar al hijo. En algunos países se ofrecen los servicios de maternidad subrogada a los extranjeros y en otros sólo a los nacionales. Algunos cuentan con regulaciones más minuciosas y otros con márgenes mayores para la libertad de los contratantes²⁰. Una considerable cantidad de países, por su parte, prohíben expresamente los acuerdos de maternidad subrogada, en tanto que otros carecen de regulación específica.

¹⁷ Aun cuando suele suponerse que la gestante ha prestado consentimiento informado y libre, son escasas las garantías jurídicas que lo resguardan.

¹⁸ Cuando se trata de subrogaciones internacionales se entrecruzan regulaciones de dos o más países generándose graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica, especialmente para los niños.

¹⁹ Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 6-9.

²⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 45.

Por otro lado, en los últimos años se ha observado que algunos de los principales países proveedores de subrogación materna restringieron sus servicios. Tal es el caso de India²¹ que prohibió la maternidad subrogada a extranjeros en noviembre de 2015 al igual que Tailandia²², Nepal y Camboya en 2016²³.

En cuanto al emplazamiento filial, las diversas tendencias regulatorias permiten distinguir tres grupos de países. Los que consideran que los nacidos por maternidad subrogada son hijos de los

²¹ Fue emblemático impulsor del cambio el reconocido caso “Baby Manji”. Se trataba de una pareja japonesa que había celebrado un acuerdo de maternidad subrogada en India que no reconocía la legislación japonesa. Como la niña –Manji– había sido concebida con el esperma aportado por el pretenso padre y una donante anónima de óvulo, no tenía madre registrada en su certificado de nacimiento. Antes de que Manji naciera los comitentes se separaron y la mujer comitente decidió que ya no quería criar a la niña. De acuerdo a los términos del convenio, en caso de separación, la custodia de la niña correspondía al padre. El problema surgió porque el padre y la abuela paterna de Manji no lograban regresar a Japón con la niña debido a que no podía obtener su pasaporte por carecer de emplazamiento materno. Manji no tenía nacionalidad. No podía adquirir la ciudadanía japonesa porque, de acuerdo a la ley japonesa, como los comitentes no estaban casados se establecía de acuerdo a la nacionalidad de la madre gestante. Tampoco podía ser ciudadana india porque para la legislación india resultaba necesario que al menos uno de los padres –comitentes– fuera ciudadano indio, resultando intrascendente que la mujer gestante lo fuera. Por otra parte, el padre tampoco podía adoptarla porque en India la ley prohibía a los hombres solteros adoptar niñas. Finalmente, el caso fue resuelto por la Corte Superior de India. A la niña se le otorgó, excepcionalmente, un certificado de identidad y con ese documento legal el padre logró obtener una visa japonesa. Cfr. “Baby Manji Yamada v. Union of India” ARI (2008), SC 1554. Al año siguiente, se planteó otro caso similar –“Balaz”– en el que un padre alemán comitente que se hallaba relacionado biológicamente con los gemelos nacidos en India mediante maternidad subrogada estuvo durante dos años intentando volver a su país con los niños. Ambos países involucrados se negaban a otorgar los pasaportes a los niños. Alemania no reconoce los acuerdos de maternidad subrogada en tanto que para la legislación india los niños no se hallaban relacionados con un ciudadano indio. Como medida excepcional, el caso se resolvió autorizando la adopción de los niños. Cfr. “Balaz v. Anand Municipality”, LPA (2009), 2151, Gujarat HC 2009.

²² En febrero de 2015, la legislatura tailandesa aprobó una ley que prohibió la subrogación materna comercial y los acuerdos con extranjeros. Uno de los antecedentes que motivó el cambio legislativo fue el caso de la pareja australiana que contrató una gestante tailandesa que dio a luz a gemelos, una niña y un niño, este último con síndrome de Down. La pareja que, en el sexto mes de embarazo, le había pedido a la gestante que se practicara un aborto selectivo –al que se opuso– decidió, entonces, volver a Australia sólo con la niña, abandonando al niño. La gestante obtuvo la custodia del niño. Luego fue revelado que el padre había sido condenado a prisión en los ‘90 por 22 casos de abuso sexual infantil. Otro caso influyente fue el de un hombre japonés que habría tenido alrededor de una docena de hijos por acuerdos de subrogación materna cuyos nacimientos se hallaban distanciados entre sí por algunas semanas o meses. Cfr. FULLER, Thomas, “Thailand’s Business in Paid Surrogates May Be Foundering in a Moral Quagmire”, *New York Times*, Aug. 26, 2014. Disponible en http://www.nytimes.com/2014/08/27/world/asia/in-thailands-surrogacy-industry-profit-and-a-moral-quagmire.html?_r=0.

²³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 46.

comitentes –Rusia²⁴, Reino Unido²⁵, Escocia, Grecia²⁶, Ucrania²⁷, Vietnam, Tailandia, India²⁸, Nueva Zelanda, Israel²⁹, Sudáfrica³⁰, entre otros–; aquellos que entienden que el niño es hijo de la mujer que da a luz y que los contratos de subrogación materna son nulos de pleno derecho –Alemania³¹, Noruega, Bulgaria, Québec, Portugal³², China, Italia³³, Francia³⁴, Austria³⁵, Estonia, Finlandia, Islandia,

²⁴ Código de Familia ruso, arts. 51-52 y Ley rusa del Estado Civil, art. 16.

²⁵ *Human Fertilization and Embryology Act 2008* y *Surrogacy Arrangements Act 1985*, c. 49, § 2. En el caso “X & Y” una pareja británica había suscripto un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer ucraniana que dio a luz a gemelos. Debido a la dificultad en obtener la ciudadanía inglesa el tribunal valoró el riesgo en el que se encontraban los niños de que fueran abandonados sin estado ni emplazamiento filial dado que los comitentes no podían permanecer en Ucrania ni regresar con los niños a Gran Bretaña. Entonces, basado en el interés superior del niño, el tribunal los reconoció como hijos legítimos de los comitentes y, consecuentemente, ciudadanos británicos. Asimismo, la corte aprobó los pagos a la gestante por €27.000. Cfr. In re “X & Y” (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC (Fam) 3030.

²⁶ Ley de 19/12/2002.

²⁷ Código de Familia ucraniano, art. 123.

²⁸ *INDIAN COUNCIL OF MED. RESEARCH, NAT’L COUNCIL OF MED. SCIENCES, NATIONAL GUIDELINES FOR ACCREDITATION, SUPERVISION & REGULATION OF ART CLINICS IN INDIA* (2005). La maternidad subrogada se legalizó en 2002. Sin embargo, en 2013 se aprobó una ley que restringió la subrogación a parejas heterosexuales que tuvieran al menos dos años de casados y provinieran de países donde la maternidad subrogada fuera legal.

²⁹ *Memorandum of Surrogacy Agreements Law*, 23/07/2014.

³⁰ *Children’s Act 38* of 2005 (S. Afr.). La ley especifica que el acuerdo será inválido si el niño no estuviera relacionado genéticamente con al menos uno de los comitentes. Sin embargo, esta norma fue declarada inconstitucional por violar el derecho de las personas infértiles en “*AB v. Minister of Social Development As Amicus Curiae: Centre for Child Law*”, 2015 (4) SA 24 (N. Gauteng H.C., Pretoria).

³¹ Sentencia BGH Alemania, 10/12/2014, caso XII ZB 463/13. En un supuesto de reconocimiento de filiación tras maternidad subrogada en USA, el BGH alemán indicó que la presunta solución de no reconocer en Alemania la filiación del menor establecida en California y recomendar que el menor sea adoptado por los comitentes, y en especial, por el varón que no es padre biológico del niño, es una solución que perjudicaría al menor.

³² Ley Nro. 32/2006, 26/07/2006.

³³ Ley Nro. 40, 19/02/2004, en G.U. 24/02/2004, Nro. 45. El art. 12.6. prevé una pena de reclusión de tres meses a dos años y multa de €600.000 a €1.000.000 para quien, de cualquier modo, realice, organice o publicite la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de subrogación implica que la filiación se determinará por el parto de modo que la gestante siempre será considerada madre.

³⁴ Código Civil francés, art. 16.7. La maternidad subrogada está prohibida, los contratos son nulos debiendo entenderse que tal nulidad es de orden público (art. 16.7 del Código Civil francés) y se prevén penas de encarcelamiento y multas para los intermediarios (arts. 227.12 y 227.13 del Código Penal francés).

³⁵ La Corte Constitucional de Austria resolvió un caso sobre un acuerdo de subrogación materna cele-

Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza³⁶, Turquía y España³⁷–, y, finalmente, los que carecen de legislación concreta,

brado entre comitentes austríacos y una gestante ucraniana que dio a luz a gemelos. El tribunal no pudo determinar la filiación de los niños porque la única prueba era foránea consistente en certificados de nacimiento ucranianos poco fiables. El tribunal denegó la validación de los certificados de nacimiento desconociendo el emplazamiento filial con los comitentes.

³⁶ *BUNDESGESETZ ÜBER DIE MEDIZINISCH UNTERSTÜTZTE FORTPFLANZUNG [FEDERAL ACT ON MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION]*, Dec. 18, 1998, SR 810.11, art. 4

³⁷ Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 10 (B.O.E. 2006, 126). Desde hace casi treinta años España cuenta con regulación porque ya la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida disponía en su art. 10 la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se conviniera la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, estableciendo que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución sería determinada por el parto. Esta ley fue parcialmente modificada por la ley 45/2003 que, luego, fue derogada por la Ley 14/2006 que en su art. 10.1. declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y en el art. 10.2. establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Por otra parte, el Convenio de Biomedicina establece en su artículo 21 que el cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro, y el art. 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 dispone que sólo se puede inscribir la filiación mediante certificación extendida en Registro extranjero “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. A pesar de este marco legal, debido a que los españoles recurren a gestantes extranjeras, se han suscitado reclamos de inscripción de las filiaciones habidas por maternidad subrogada en otros países. Para estos supuestos, el derecho español no ofrece una respuesta uniforme presentándose una diversidad de criterios entre la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el Tribunal Supremo (Sentencia del 06/02/2014). El Tribunal Supremo consideró que la decisión de la autoridad registral de atribuir la condición de padres a la pareja –matrimonio de varones– que había contratado la maternidad subrogada era contraria al orden público internacional español por ser incompatible con las normas que regulan las relaciones familiares, en concreto con el artículo 10.1. de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, el cual forma parte del orden público, ya que trata de evitar que los avances en estas técnicas vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño y permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos. Por ello, el Tribunal Supremo denegó la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los sujetos comitentes en este tipo de contratos, por ser contrarios al orden público internacional español. Además, recomendó la posibilidad de buscar, por el bien del menor, algún vínculo familiar entre este y los comitentes. De acuerdo con el artículo 10.3 de la ley referida, permitió la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales advirtiendo que, paralelamente, se podría completar la integración del menor en la familia mediante el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar. En el supuesto de que los recurrentes no hubieran aportado sus gametos, señaló que deberían acudir a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional. Asimismo, admitió la posibilidad de que los menores adquirieran la nacionalidad, una vez que estuviere determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro miembro de la pareja, mediante la adopción. Tras las sentencias del TEDH en las que se condenaba a Francia a inscribir la filiación de los hijos habidos por gestación subrogada en el extranjero, el matrimonio al que el Tribunal Superior había denegado la inscripción de la filiación

si bien establecen la determinación de la maternidad por el parto – Argentina–.

Dentro del primer grupo, México³⁸, Rusia³⁹, Ucrania⁴⁰, India⁴¹ e Israel regulan las formas altruista y comercial, si bien los dos últimos países sólo para parejas heterosexuales. Ucrania y Rusia, además, atribuyen la maternidad legal a la comitente desde la celebración

interpuso recurso de nulidad de esas actuaciones. En febrero de 2015 el Tribunal Supremo español dictó un auto en el que afirmó que la negativa a la inscripción de la filiación directa a nombre de ambos varones no vulneraba el derecho a la vida privada de los niños. Los recurrentes acudieron entonces al Tribunal Constitucional y presentaron recurso de amparo que en julio de 2016 no fue admitido a trámite.

³⁸ En México, el Código Civil de Tabasco legalizó la maternidad subrogada en 1998.

³⁹ En Rusia, la maternidad subrogada es legal para matrimonios heterosexuales y mujeres solteras. Sin embargo, como la previsión legal en torno a las parejas del mismo sexo, los convivientes y las personas solteras no es clara, en la práctica los supuestos se han expandido de manera irrestricta. De acuerdo a la Ley Federal 323-FZ del 21/11/2011 la subrogación materna es uno de los métodos permitidos para el tratamiento de la infertilidad (Cl. 9, art. 55) que puede ser prescripto por un médico (Cfr. Order No. 107n del Ministerio de Salud de la Federación Rusa, 30/08/2012, “*On the use of assisted reproductive technologies, contraindications, and restrictions on their use*” (Ministerstvo zdravookhraneniya, 2012). La gestante puede ser una mujer de entre veinte y treinta y cinco años que haya tenido al menos un hijo saludable propio, cuente con certificado que acredite su estado de salud satisfactorio y haya prestado el consentimiento informado escrito para la intervención. Si la mujer está casada se requiere, además, el consentimiento de su cónyuge. La gestante no puede ser aportante del óvulo (Cl. 10, art. 55).

⁴⁰ Código de Familia ucraniano, art. 123 (según reforma Nro. 524-V, 22/12/2006). La subrogación materna también es regulada por las Órdenes 24 y 771 del Ministerio de Salud de Ucrania, referidas a los procedimientos médicos de inseminación artificial e implantación embrionaria. La legislación ucraniana permite a los padres comitentes tener la guarda legal del niño desde la concepción y como el nombre de la gestante no aparece listado en el certificado de nacimiento ésta no puede rescindir el acuerdo de subrogación. De acuerdo con las normas ucranianas, los ciudadanos extranjeros pueden solicitar la inscripción de un nacimiento en la Oficina de Estadísticas Vitales de Ucrania acompañando un certificado médico que pruebe que los comitentes se encuentran genéticamente relacionados con el niño y el consentimiento informado de la gestante para que los nombres de los comitentes sean consignados en el certificado de nacimiento del niño que dio a luz. Sólo los matrimonios heterosexuales infértiles pueden celebrar acuerdos de subrogación materna y se reconoce legalmente la subrogación comercial.

⁴¹ El Consejo Indio de Investigación Médica promulgó algunas recomendaciones para que siguieran las agencias de subrogación materna, entre las cuales se encuentra la limitación a los matrimonios de personas de diverso sexo. Cfr. MORTAZAVI, Sarah, “It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy”, *Geo L. J.*, 100, 2012, pp. 2249-2272. No obstante, las agencias de subrogación y las clínicas de fecundación in vitro operan actualmente bajo un sistema de autorregulación, creando sus propias reglas y prácticas sin tener que responder frente a autoridad alguna. Cfr. SHANBACHER, Kristine, “India’s Gestational Surrogacy Market: An Exploitation of Poor, Uneducated Women”, *Hastings Women’s L. J.*, 25, 2014, pp. 201-218.

del acuerdo. Sudáfrica, por su parte, sólo legalizó la subrogación altruista especificando en detalle quiénes pueden celebrar el acuerdo, al igual que el Reino Unido que desconoce validez a los acuerdos de subrogación comercial, si bien reconoce efectos a los celebrados en el extranjero⁴². En esta misma línea se encuentran las legislaciones de Canadá, Irlanda, Dinamarca, Nueva Zelanda, Bélgica, Holanda y Australia⁴³.

En Estados Unidos⁴⁴, dado que no existe una ley federal que regule la maternidad subrogada, la cuestión queda circunscripta a lo que cada estado establezca. Washington⁴⁵, el Distrito de Columbia⁴⁶, Arizona⁴⁷, Michigan⁴⁸, Dakota del Norte⁴⁹ e Indiana⁵⁰ cuentan con estatutos que prohíben la subrogación por contrariar la política pública previendo sanciones penales y civiles para quienes violen la prohibición. Kentucky prohíbe compensar a la madre gestante o a la agencia que haya acordado la extinción de derechos parentales⁵¹.

⁴² *Surrogacy Arrangements Act* 1985, c. 49, § 2.

⁴³ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, pp. 168-169.

⁴⁴ El debate sobre los acuerdos de subrogación materna se inició hace aproximadamente treinta años con el reconocido caso “Baby M” (1988), suscitado a partir del acuerdo celebrado entre William y Elizabeth Stem y Mary B. Whitehead por el que esta última sería inseminada artificialmente, llevaría el embarazo a término y luego entregaría el niño al matrimonio Stem. Luego del nacimiento, Whitehead no pudo cumplir con lo convenido y desapareció con el bebé que sólo fue entregado a la familia Stem con orden judicial y arresto de por medio. El matrimonio Stem reclamó la filiación legal del niño y, finalmente, la Suprema Corte de Nueva Jersey revocó la validación del contrato resolviendo que William Stem era el padre legal del niño en tanto que Elizabeth Stem debía adoptarlo para ser reconocida legalmente como madre. A Whitehead, por su parte, se le reconocieron algunos derechos parentales como el de comunicación con el niño. Cfr. *In re “Baby M”*, 537 A. 2d 1227 (N.J., 1988).

⁴⁵ WASH. REV. CODE §§ 26.26.230-.240 (2012).

⁴⁶ D.C. CODE § 16-402 (2012).

⁴⁷ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 25-218(A) (2006).

⁴⁸ MICH. COMP. LAWS § 722.855 (2014).

⁴⁹ N.D. CENT. CODE ANN. § 14-18-05 (2012).

⁵⁰ IND. CODE § 31-20-1-2 (2015).

⁵¹ KY. REV. STAT. ANN. § 199.590(4) (West, Westlaw through 2015 Sess.).

Luisiana⁵², Nebraska⁵³ y Nueva York⁵⁴, si bien no prohíben la maternidad subrogada ni la tipifican como delito, desconocen efectos a los acuerdos. Algunos estados como Illinois y Texas cuentan con estatutos que identifican estrictamente quiénes pueden celebrar los acuerdos de subrogación⁵⁵. Florida⁵⁶, Illinois⁵⁷ y California⁵⁸ establecen requisitos que deben ser satisfechos antes de juzgar la validez del acuerdo. En California, además, la maternidad legal es atribuida a la comitente desde la celebración del acuerdo de subrogación⁵⁹. En Arkansas el reconocimiento de derechos parentales de los comitentes depende de su estatus marital⁶⁰. Los demás estados no cuentan con regulación específica⁶¹.

En el escenario regulatorio, entonces, pueden diferenciarse tres categorías de legislaciones específicas –además de las que carecen de referencia concreta–. Las que aceptan la maternidad subrogada como una manifestación de la autonomía de las mujeres y recurso idóneo para satisfacer el deseo de tener un hijo⁶²; las que sólo aceptan la modalidad altruista como medio adecuado para la satisfacción del deseo de tener un hijo de quien no puede gustarlo⁶³, y las que

⁵² LA. STAT. ANN. § 9:2713 (West, Westlaw through 2014 Sess.).

⁵³ NEB. REV. STAT. § 25-21,200 (2008).

⁵⁴ N.Y. DOM. REL. LAW § 122 (McKinney 2010).

⁵⁵ TEX. FAM. CODE ANN. § 160.754(b) (West 2014) (requiere que los comitentes se encuentren casados); FLA. STAT. § 742.15 (2012) (exige que los comitentes estén casados y ambos cónyuges sean mayores de 18 años); 750 ILL. COMP. STAT. 45/6 § 6(E) (2014) (requiere que al menos uno de los comitentes esté genéticamente relacionado con el niño).

⁵⁶ FLA. STAT. §§ 63.212-.13, 742.15-.16 (2012).

⁵⁷ 750 ILL. COMP. STAT. 47/25 (2014).

⁵⁸ CAL. FAM. CODE § 7962 (West, Westlaw through 2015 Reg. Sess.)

⁵⁹ Caso “Baby M” (1988) 537 A. 2d 1227; reforzado por “Johnson/Calvert” [1993]. 5 CAL. 4th 84 y “Buzzanca v. Buzzanca” [1998] 72 CAL. Rptr. 2º 280.

⁶⁰ ARK. CODE ANN. § 9-10-201(b)(1)-(3) (2009).

⁶¹ Veinte estados entran en esta categoría.

⁶² COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 64-65.

⁶³ Habitualmente sólo se permite que se compense a la gestante por los gastos o las molestias ocasionadas; se suele exigir que haya tenido previamente un hijo y que el niño que geste no tenga ningún vínculo genético con ella, debatiéndose si la gestante podría tener o no algún tipo de vínculo familiar con los

prohíben la práctica, previendo la nulidad de los acuerdos celebrados en el país. La coherencia de este sistema prohibitivo, sin embargo, se ve empañada por el consecuente reconocimiento del estado filial derivado de acuerdos celebrados en el extranjero. De este modo, se fomentan conductas para vulnerar la ley –en fraude a la ley nacional– valiéndose del denominado *by-pass* internacional⁶⁴.

D. Subrogación materna internacional

Suele ocurrir que quienes se encuentran en países con regulaciones restrictivas –y cuentan con recursos económicos suficientes– se trasladan a otros más permisivos para celebrar los acuerdos de subrogación materna y retornar nueve meses más tarde con el niño en brazos. Si el emplazamiento filial resulta reconocido en el país de origen, de tal forma, logran neutralizar la legislación interna.

Este mecanismo no es exclusivo de ciudadanos provenientes de países con normas que prohíben esta práctica sino que también se ha observado que, incluso en aquellos donde está legalizada, se opta por contratarla en el extranjero, ya sea por la imposibilidad de encontrar una gestante desinteresada –se trasladan, entonces, hacia alguno de los países que regulan la modalidad comercial–, o bien en busca de menores costos⁶⁵.

comitentes, que los comitentes no cuenten con otras alternativas sin que resulte obligatorio que el niño tenga relación genética con alguno de ellos; la filiación puede ser declarada a favor de los comitentes una vez nacido el niño (sistema británico) o se les otorga desde el inicio del embarazo, previa autorización judicial (sistema griego); suele requerirse el informe favorable de un comité de bioética y control judicial previo; se prevé la intervención de un órgano administrativo a cargo del registro de gestantes para controlar la cantidad de subrogaciones y que resulta encargado de determinar las compensaciones resarcitorias. Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 67-68.

⁶⁴ La Corte de Casación italiana (Sentencia 26/009/2014, Nro. 24001/14) también ha aludido a este “discurso del fraude”. Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, N° 2, p. 73.

⁶⁵ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 19.

Como en cualquier otro mercado, el precio se encuentra en gran parte delineado por la necesidad del oferente. En Estados Unidos, la donante de óvulos percibe una compensación de entre U\$S5.000 y U\$S10.000⁶⁶, mientras que las agencias cobran a los comitentes montos que van desde los U\$S100.000 a los U\$S150.000 por el proceso completo de subrogación que, usualmente, incluye los honorarios de la agencia, abogados, procedimiento médico y asistencia migratoria⁶⁷. En cambio, la tarifa en Ucrania para un servicio *all inclusive* oscila los U\$S50.000⁶⁸, y en India la madre gestante percibe U\$S5.900⁶⁹.

El siguiente relato es prueba cabal de la dimensión transnacional que se va entretejiendo a medida que se sortean los obstáculos legales que cada país presenta a esta práctica. En 2015 una pareja de varones israelíes –Gilad y Amir Vogel Greengold– recurrió a la agencia internacional de subrogación Tammuz para concretar su deseo de tener un hijo. El procedimiento conllevó el envío del esperma a Tailandia para fecundar óvulos donados por una mujer sudafricana. Una vez concebido el embrión fue enviado a Nepal y transferido a la gestante, una mujer india. Cada uno de los países involucrados tiene una legislación diferente. Si bien Sudáfrica prohíbe la subrogación comercial permite la altruista así como la donación de óvulos destinados a la subrogación⁷⁰. Por otra parte, Nepal prohíbe que una mujer nepalí sirva como gestante pero no impide que lo haga una india⁷¹.

⁶⁶ EGG DONOR AMERICA, *Egg Donor Compensation*. Disponible en <https://www.eggdonoramerica.com/become-egg-donor/egg-donor-compensation>.

⁶⁷ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, pp. 167-168.

⁶⁸ *Vid.* <https://biotexcom.es/servicios/>. Consultado el 14/06/2018.

⁶⁹ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, pp. 167-168.

⁷⁰ *Children’s Act* 2005, No. 38, 2005, part 295(c)(v) (2006). Disponible en http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a38-05_3.pdf.

⁷¹ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, p. 162.

En este contexto del turismo reproductivo⁷², los acuerdos internacionales conllevan serios problemas relacionados con el establecimiento filial del niño, afectando su nacionalidad, estado migratorio y la atribución de la titularidad de la responsabilidad parental; los derechos parentales de los comitentes, y los derechos de la mujer gestante⁷³.

Basta mencionar como ejemplo el caso “Baby Manji” resuelto por el Tribunal Superior de India en 2008. Una pareja japonesa había celebrado un acuerdo de subrogación materna en India fruto del cual nació Manji, concebida con los gametos aportados por el comitente y una donante de óvulos. Antes del nacimiento los comitentes se separaron motivando que la niña careciera de emplazamiento materno y de nacionalidad. Según la ley japonesa cuando los padres no estaban casados la nacionalidad se establecía conforme a la de la gestante, dato que resultaba, en cambio, indiferente para la legislación india que requería que al menos uno de los progenitores –categoría para la que, en el marco del acuerdo, no calificaba la gestante– fuera indio⁷⁴.

La cuestión atinente a la inscripción de la filiación de los hijos establecida por acuerdos internacionales dio lugar a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunciara en tres ocasiones. La primera fue cuando resolvió conjuntamente los recursos “Mennesson c. Francia” y “Labassee c. Francia” en 2014⁷⁵. Luego, en 2015 el TEDH volvió a expedirse en “Paradiso y Campanelli c. Italia”, sentencia que fue recurrida ante la Gran Sala por Italia, resultando revocada en enero de 2017.

⁷² También conocido como “cuidado reproductivo transfronterizo” (*cross-border reproductive care*, CBRC) se define como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro para acceder a las TRHA. Cfr. FERRARETI, A.P., PENNING, G., GIANAROLI, L., NATALI, F., MAGLI, M. C., “Cross-border reproductive care: A phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies”, *Reprod. Biomed. Online*, 2010, 21 (4), pp. 496-500.

⁷³ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, p. 163.

⁷⁴ Ver Nota al pie Nro. 21.

⁷⁵ STEDH, “Mennesson v. Francia” (26/06/2014), As. 65192/11 y STEDH, “Labassee v. Francia” (26/06/2014), As. 65941/11.

En 2016, por su parte, el Tribunal se expidió a través de una sentencia conjunta en los asuntos “Foulon c. Francia”⁷⁶ y “Bouvet c. Francia”⁷⁷.

Los dos casos franceses presentan caracteres similares. Se trataba de matrimonios de ciudadanos franceses, marido y mujer, que se habían trasladado a Estados Unidos para contratar los servicios de una madre subrogada a causa de la infertilidad padecida por las mujeres. En el caso “Mennesson” la mujer había gestado y alumbrado a dos niñas gemelas en California en 2000, en tanto que en “Labassee” la madre gestante había dado a luz una niña en Minnesota en 2001. En ambos, el material genético paterno correspondía al marido de la pareja francesa y los tribunales de California y Minnesota, respectivamente, habían declarado que cada una de las parejas francesas eran los padres legales de las respectivas niñas.

Cuando los ciudadanos franceses requirieron la inscripción de esta filiación en el Registro Civil francés, la Corte de Casación francesa la denegó considerando que la maternidad subrogada era un contrato afectado de nulidad absoluta por vulnerar una norma de orden público, de conformidad con lo normado por los arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil francés que dispone que cualquier convención para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula y establece que dicha prohibición es materia de orden público⁷⁸, recogiendo los principios morales que impiden que el cuerpo humano sea objeto de transacción y que el niño quede reducido a objeto de un contrato⁷⁹.

Ambos matrimonios, luego de agotar sin éxito la vía judicial francesa, recurrieron al TEDH invocando la violación del art. 8 de la

⁷⁶ STEDH, “Foulon v. Francia”, (21/07/2016), As. 9063/14.

⁷⁷ STEDH, “Bouvet v. Francia”, (21/07/2016), As. 10410/14.

⁷⁸ El primer precepto indica que “[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”, en tanto que el segundo deja claro que aquella norma es imperativa, no disponible por las partes y de observancia obligatoria en todos los casos (“*disposition d’ordre public*”).

⁷⁹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 56.

Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁸⁰ por entender que la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación requerida constituía una injerencia al respeto de su vida familiar.

El Tribunal resolvió simultáneamente ambos recursos y dictó ambas sentencias en el mismo día basado en los mismos argumentos. Si bien la sentencia declaró que no había existido violación del artículo 8 CEDH en relación con el derecho a la vida familiar del matrimonio recurrente, en cambio, consideró que se había producido la infracción del derecho a la vida privada de las hijas en base, entre otras razones, al principio del superior interés del niño⁸¹. El Tribunal descartó la invocada violación del derecho a la vida familiar de los padres porque residían en Francia donde convivían con sus hijas de

⁸⁰ “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia”.

⁸¹ El Tribunal constató que los cónyuges Mennesson se ocupaban de sus hijas “como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual”. El derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestión por sustitución y la determinación jurídica de la filiación. El art. 8 de la CEDH prevé la posibilidad de injerencia por parte de la autoridad pública siempre que “esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. El Tribunal entendió que el “margen de apreciación” del que disponen los Estados para determinar lo que es “necesario” en una “sociedad democrática” para alcanzar esos objetivos debía ser restringido cuando el problema se refería a la filiación, en la medida en que constituye un aspecto esencial de la identidad del niño. Advirtió que la ausencia de reconocimiento por el derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres intencionales podía tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño. Además, reconoció que, en ausencia de inscripción registral o del libro de familia, los padres intencionales se veían obligados a mostrar el acta del Registro civil extranjero, acompañada de una traducción jurada, cada vez que era necesario demostrar la filiación para ejercer un derecho o acceder a un servicio. Por otra parte, se consideró que el hecho de no reconocer la filiación tenía como efecto añadido la no atribución al niño de la nacionalidad de los padres, lo que complicaba los desplazamientos de la familia y podía suscitar dudas en las autoridades respecto de la legalidad de la estancia del menor en el territorio nacional –y la estabilidad de la propia familia– especialmente tras obtener aquél la mayoría de edad. El Tribunal concluyó que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tenía consecuencias sobre ellos sino sobre el menor resultando afectado su derecho a que se respetara su vida privada que implicaba que cada uno pudiera configurar la “sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación, originándose de esta forma “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”. Cfr. STEDH, “Mennesson v. Francia” (26/06/2014), As. 65192/11.

forma análoga a otras familias. En cambio, en relación a las niñas, consideró que se encontraban en una situación de incertidumbre jurídica ya que al no estar reconocidas en Francia como hijas de los comitentes se vulneraba su identidad negándoseles la nacionalidad francesa. El Tribunal entendió que al negar el reconocimiento del vínculo de filiación de las niñas con los comitentes, el Estado había traspasado el margen de discrecionalidad condenando, por ello, al Estado francés a que dejara sin efecto sus resoluciones denegatorias y procediera a la inscripción solicitada.

Pocos meses después, el TEDH dictó sentencia en “Paradiso y Campanelli c. Italia”⁸². Se trataba de un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que había contratado a una gestante en Rusia. Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de ambos comitentes sin referencia alguna al acuerdo de subrogación materna. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia, se constató que Campanelli no era el padre. Tanto la omisión de la referencia al contrato de subrogación como la inexistencia de nexo genético con los progenitores dieron lugar a que el Estado italiano actuara contra el matrimonio por alteración del estado civil y aportación de documentos falsos. El niño fue dado en adopción. Los comitentes agotaron las vías jurisdiccionales italianas y recurrieron al TEDH.

El Tribunal entendió que durante los meses que los comitentes convivieron con el niño se habían creado lazos de carácter familiar susceptibles de protección jurídica, que el orden público italiano no justificaba la separación del niño de su contexto familiar y que el mejor interés del niño debía primar sobre el orden público. Concluyó que había existido violación del artículo 8 de la CEDH condenando a Italia al pago de una multa. No obstante, no dispuso que el niño dejara su familia adoptiva y retornara con el matrimonio comitente, con quienes había dejado de convivir en 2011, a los cinco meses de su nacimiento.

⁸² STEDH, “Paradiso et Campanelli v. Italia”, 27/01/2015, As. 25358/12.

Al año siguiente el TEDH se expidió nuevamente sobre la materia sentenciando conjuntamente los asuntos “Foulon c. Francia”⁸³ y “Bouvet c. Francia”⁸⁴. Didier Foulon y Philippe Bouvet habían tenido una niña y gemelos, respectivamente, a través de maternidad subrogada en India. Las autoridades francesas denegaron las solicitudes de transcripción de las actas de nacimiento, posición que fue avalada por la Corte de Casación francesa. El Tribunal Europeo falló en el mismo sentido que en los antecedentes considerando que las circunstancias eran similares y reconociendo la invocada vulneración del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH)⁸⁵.

Diferenciándose de la posición asumida por las autoridades francesas, Italia decidió recurrir ante la Gran Sala la sentencia que el Tribunal Europeo dictó en 2015 en el caso “Paradiso y Campanelli”. Fue la única ocasión en la que el Tribunal en pleno se pronunció sobre la materia, revocando la sentencia recurrida.

Sus argumentos se centraron en la ausencia de vida familiar entre los comitentes y el niño en los términos del art. 8 del CEDH⁸⁶; que Italia había intervenido legítimamente en la vida privada resultando proporcionada la decisión de quitar al matrimonio la custodia del niño, en especial, fundada en la conducta ilegal de los comitentes; que correspondía exclusivamente a Italia la competencia en el reconocimiento de las relaciones filiales basada, en el caso, en el vínculo biológico o la adopción legal, y que los tribunales italianos habían

⁸³ STEDH, “Foulon v. Francia”, (21/07/2016), As. 9063/14.

⁸⁴ STEDH, “Bouvet v. Francia”, (21/07/2016), As. 10410/14.

⁸⁵ Luego de las sentencias dictadas por el TEDH en “Mennesson” y “Labassee”, la Corte de Casación francesa cambió su jurisprudencia en dos pronunciamientos del 03/07/2015. Como resultado de ello, en presencia de un acto extranjero establecido legalmente según el derecho del país donde se había celebrado el acuerdo de maternidad subrogada, se permitía establecer el vínculo filial con el padre biológico corriéndose de tal forma los obstáculos para la transcripción de la filiación biológica. Con posterioridad a estas sentencias, mediante una circular remitida a las fiscalías, se les señaló la conveniencia de proceder a la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros de niños nacidos bajo esta modalidad, en la medida en que no se vulnerara la norma del art. 47 del Código Civil francés.

⁸⁶ Teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los comitentes, la corta duración de su relación y la incertidumbre de los vínculos jurídicos.

efectuado un balance justo de los intereses en juego actuando dentro del margen de apreciación nacional cuando concluyeron que la separación del niño de los comitentes no le produciría un daño grave e irreparable. Para el Tribunal, el fin de la relación entre los comitentes y el niño era consecuencia de la incertidumbre legal que ellos mismos habían creado al incurrir en una conducta contraria a la legislación italiana. Además, se valoró la rápida reacción de las autoridades italianas al suspender la autoridad parental e iniciar de inmediato un proceso de adopción.

E. Razones que justifican la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada

La subrogación materna plantea una serie de inconvenientes insoslayables para el derecho. Veamos:

1. Cosificación del niño

La distinción entre personas y cosas, que ha sido desde la antigüedad romana la *summa divisio* del derecho⁸⁷, resulta trastocada. El compromiso que asume la madre gestante de entregar al niño recién nacido a los comitentes importa, lisa y llanamente, su cosificación, convirtiendo al niño en “objeto debido” en virtud de un contrato, en algo disponible, atentando gravemente contra su dignidad e interés superior⁸⁸.

Esto también es constatable en la consagración de un “derecho al hijo” destinado a satisfacer el deseo de los comitentes⁸⁹. El deseo

⁸⁷ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 228.

⁸⁸ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 230.

⁸⁹ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 234.

de tener un hijo no es, por sí solo, garantía del resguardo del interés superior del niño, por el contrario, se incrementa el riesgo de que repercuta negativamente sobre el niño cuando es percibido como objeto que viene a satisfacer los estándares determinados por el deseo. No son padres responsables quienes tienen un gran deseo de serlo sino aquellos capaces de priorizar el desarrollo pleno de sus hijos por sobre la satisfacción de aquel deseo⁹⁰, es decir, quienes reconocen la prevalencia del interés del infante por sobre sus propios intereses individuales.

Por otra parte, cuando existe un entorno de elección y selección del niño que va a nacer en búsqueda del “mejor producto”, es tangible el riesgo de que el hijo deje de ser querido y sea abandonado cuando no satisfaga tales expectativas⁹¹.

2. Vulneración del principio de indisponibilidad del estado de las personas

Como ha estimado la Corte de Casación francesa “los acuerdos de madre portadora infringen el principio de orden público de la indisponibilidad del estado de las personas en cuanto su objetivo es hacer venir al mundo un niño cuyo estado no corresponderá con su filiación real, por medio de una renuncia y de una cesión, igualmente prohibidas, de los derechos reconocidos por la ley a la futura madre”⁹².

Se trata de un acto jurídico privado de disposición del estado real de un niño y de su madre. El principio de indisponibilidad del estado de las personas es una pieza fundamental del orden social. Por ello,

⁹⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 33.

⁹¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 35.

⁹² Cass. fr. (1re ch. civ.), 13/12/1989, citado en MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 231.

los vínculos filiales no pueden ni deben quedar sometidos a voluntades individuales⁹³.

3. Mercantilización del hijo

Diversas propuestas legales en el derecho comparado consideran la posibilidad de otorgar a la madre gestante una cláusula de revocación del contrato permitiéndole finalizar el embarazo en todo momento. Y del otro lado, la madre gestante podría ser obligada a abortar cuando se detectasen malformaciones en el niño que no satisfagan las expectativas de los comitentes⁹⁴.

Se ha alertado al respecto sobre el profundo impacto social que la aceptación de la maternidad subrogada provocaría⁹⁵, transformando la maternidad en un servicio cuyo producto final es un hijo valuado en términos monetarios⁹⁶. El hijo ya no es “procreado” sino “adquirido”, mercantilizado a la medida de un deseo.

4. Tráfico de niños

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000) define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2), imponiendo a los Estados la adopción de medidas para que, como mínimo, los actos y actividades

⁹³ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 231.

⁹⁴ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 232.

⁹⁵ FIELD, Martha A., “Compensated Surrogacy”, *Washington Law Review*, 2014, Vol. 89, p. 1155.

⁹⁶ DUSHINA, A. D., KERSHA, YU. D., LARKINA, T. YU. y PROVOROVA, D. D., “The Legitimation of Commercial Surrogacy in Russia”, *Russian Social Science Review*, 2018, Vol. 59, Nro. 2, p. 154.

relacionados con la venta de niños queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente, e incluyendo entre las acciones reprobadas “inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción” (art. 3)⁹⁷.

Si bien se ha intentado desdibujar este aspecto gravísimo de los acuerdos de subrogación aduciendo que el objeto sería el servicio de gestación y no el niño, de todos modos, si así fuera, importaría consagrar la instrumentalización, cosificación y mercantilización de la gestante.

5. Fragmentación de la filiación

La maternidad subrogada supone una filiación fragmentada al extremo de que el niño podría tener hasta cinco “progenitores”: una madre biológica, un padre biológico, una madre gestante, una madre legal y un padre legal. En cuanto vínculo de parentesco que une generaciones, si bien es cierto que la filiación se apoya sobre aspectos que exceden lo biológico, no lo es menos que la biología es esencial para la construcción del niño en el plano individual y para la institucionalización de referencias generacionales en la faz colectiva⁹⁸.

6. Desmembración de la identidad del niño

En los países donde la gestante renuncia a la maternidad antes del embarazo podría llegar a sostenerse que el hijo no tiene derecho a investigar su maternidad puesto que no ha tenido otros padres que los determinados contractualmente.

⁹⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 30-31.

⁹⁸ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 235.

Sin embargo, la maternidad biológica atribuible a la gestante no puede reducirse a un hecho irrelevante en la vida del niño y, por tanto, debe reconocerse el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos⁹⁹. Que el acceso del hijo a la información identificativa de la gestante quede supeditado a la discrecionalidad de los comitentes parece una grave lesión del derecho a la identidad¹⁰⁰ del niño en franca contraposición a su interés superior.

Si todo niño tiene derecho desde que nace, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7, Convención sobre los Derechos del Niño –CDN–) debe evitarse que sea separado de su madre y velarse por que sea cuidado por ella. En esta misma línea, el respeto del derecho del niño a su identidad incluye la preservación de las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (art. 8, CDN).

7. Instrumentalización de la mujer gestante

Aunque la madre gestante preste sus servicios de forma voluntaria y desinteresada, se encuentra objetivamente reducida a desempeñar un rol puramente instrumental. Está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que involucra todo su ser; tiene proscripta la formación de todo vínculo sentimental con el niño que gesta, y es compelida a vivir su embarazo en la indiferencia, como una experiencia extraña a ella misma, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. Todo esto es incompatible con la dignidad humana¹⁰¹.

⁹⁹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 37.

¹⁰⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 38.

¹⁰¹ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, pp. 228-229.

8. Explotación de la mujer

No puede dudarse que la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, supone la explotación habitual de las mujeres gestantes, tornándola en una práctica ilícita¹⁰². Negar que la maternidad subrogada internacional esté asociada a la explotación de la mujer es pura obstinación que se contrapone a la realidad¹⁰³. Precisamente, suelen ser los países con grandes desigualdades sociales y económicas los que en mayor medida permiten la subrogación materna internacional¹⁰⁴.

La circunstancia de que la mujer consintiera la práctica o que la subrogación fuera altruista no cambia esta calificación. Es habitual que la referencia a las compensaciones se formule en términos suficientemente amplios y ambiguos como para que puedan amparar lo que cabría categorizar propiamente como retribuciones, haciendo borrosa la frontera entre resarcir y retribuir¹⁰⁵.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) estableciendo que la adopción de medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria (art. 4.2.). Uno de los recursos tendientes a resguardar la maternidad debería impedir su escisión de la gestación.

Por otra parte, la implementación de todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir cualquier forma de trata de mujeres (art. 6) excluye necesariamente la maternidad subrogada que instrumentaliza a la mujer gestante con la única finalidad de procurarle un hijo a otra persona.

¹⁰²COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 26.

¹⁰³COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 66.

¹⁰⁴COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 40.

¹⁰⁵COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 77.

9) *Vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano*

El contrato tiene por objeto que la gestante “ponga a disposición” de los comitentes su útero, su capacidad de gestar, a cambio de una compensación o retribución, vulnerando el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

La mujer subrogada dispone de sí misma renunciando a asumir su maternidad y, de tal modo, negándose como madre se niega como persona. La voluntad no puede apropiarse de los elementos constitutivos del ser de las personas porque son indisponibles y están, por ello, fuera del comercio¹⁰⁶.

10. *Negación de la importancia del vínculo intrauterino materno filial*

Para valorar moralmente la separación de la gestación de la posterior crianza del niño debe conocerse la relación que se establece entre el niño y la gestante durante el embarazo¹⁰⁷.

En el período gestacional se entabla una especie de simbiosis temporal entre el niño y la embarazada que imprime en ambos una huella permanente¹⁰⁸. Comienza a establecerse un vínculo afectivo, denominado “apego”, que cimentará el desarrollo de todas las relaciones interpersonales futuras del niño¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, pp. 229-230.

¹⁰⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 12.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio, “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, Año 10 (2018), Nro. 26, pp. 27-37. Ver, también, MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 232.

¹⁰⁹ La teoría del apego, iniciada por John Bowlby (Vid. BOWLBY, J., *El Apego y la Pérdida*, Barcelona: Ed. Paidós, 1988) y desarrollada por Mary Ainsworth (Vid. AINSWORTH, M.D., “Attachment beyond infancy”, *American Psychologist*, 1989, 44, pp. 709-716) afirma que el principal y más persistente vínculo afectivo es el que se establece entre la madre y el recién nacido, que será la base

La maternidad subrogada supone, en cambio, evitar que la gestante se relacione afectivamente con el niño para no poner en riesgo su posterior entrega a los comitentes, al tiempo que priva al niño de la continuidad de ese vínculo físico y emocional que se fue gestando durante la vida intrauterina¹¹⁰.

La evidencia demuestra que ese vínculo aunado entre la gestante y el niño, durante los nueve meses de vida intrauterina, sumado al deseo de asumir la maternidad, es mucho más poderoso que la simple aportación de gametos constituyendo un dato válido para determinar la filiación. Por ello, la trascendencia de la gestación no debe ser minimizada al extremo de considerarla un irrelevante proceso de incubación al que se le contraponen la absolutización de la genética¹¹¹.

11. Inconsideración de riesgos para la salud y el bienestar del niño

Desde hace varias décadas se vienen promoviendo algunas prácticas que contribuirían a asegurar el nacimiento de un hijo sano y resguardar la salud materna, tales como el parto natural y la lactancia materna. No sólo se trata de procurar el bienestar de la gestante y el niño sino de coadyuvar al fortalecimiento de ese vínculo materno filial al que nos referíamos anteriormente.

sobre la cual se desarrollarán los demás vínculos que el ser humano establecerá con el resto de las personas a lo largo de su vida. Según los estudios de ambos autores ese vínculo comienza con las interacciones en la gestación, continúa con la lactancia y se fragua entre los 3 y 36 meses. Cuando es seguro, estable y duradero, influye decisivamente en la autoestima del niño y en su capacidad para establecer relaciones saludables a lo largo de su vida. Por el contrario, la ruptura o fragilidad del vínculo (separación física o emocional de la madre, ausencia de afecto o cuidado) puede provocar en el niño un desorden afectivo o una personalidad asocial. Así, la baja autoestima, la vulnerabilidad al estrés y los problemas en las relaciones sociales están relacionados con vínculos materno-filiales endebles. Si las experiencias de apego (de vínculo afectivo materno-filial) han sido gravemente negativas, el niño es muy propenso a desarrollar en el futuro trastornos psicopatológicos. Son las interacciones madre-niño las que más influyen en el desarrollo socio-emocional y en la conducta actual y futura del menor. (Vid. DELGADO, A. O., y OLIVA DELGADO, A., “Estado actual de la teoría del apego”, *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, 2004, 4(1), pp. 65-81).

¹¹⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 36-37.

¹¹¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 70.

Las ventajas de la lactancia materna se hallan reconocidas por la propia Convención sobre los Derechos del Niño cuando impone a los Estados la adopción de medidas adecuadas para asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular padres y niños, las conozcan (art. 24, inc. e). Los acuerdos de subrogación excluyen toda posibilidad de que el niño sea amamantado por la mujer que lo alumbró.

12. Existencia de un conflicto de intereses

Cada parte se encuentra motivada por intereses no sólo distintos sino antagónicos. Los comitentes desean un niño sano y que la gestante contribuya a lograrlo como ellos consideren mejor; buscan que el servicio les resulte tan económico como sea posible; quieren tener la potestad de decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se transfieren en la gestante, si se le realiza o no una “reducción embrionaria” o un aborto, o el tipo de alumbramiento al que debe someterse. Del otro lado, la gestante tratará de reducir al mínimo su implicación emocional con la gestación de un niño que no será su hijo; buscará obtener el máximo beneficio económico de un servicio que compromete durante nueve meses su vida entera¹¹².

Y en medio de tal colisión se encuentra atrapado el niño, con intereses legalmente superiores pero silenciados y oprimidos por el deseo de los comitentes y las necesidades de la gestante.

La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva y la Sociedad de Tecnología Reproductiva Asistida aprobaron a principios de 2017 una nueva versión de las recomendaciones sobre las condiciones que deben cumplir las mujeres gestantes y los padres comitentes para prevenir las complicaciones durante el embarazo y los complejos problemas médicos y psicológicos que confluyen en esta práctica.

¹¹²COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 27-28.

El eje central del documento es, justamente, el conflicto de intereses. Por una parte, las decisiones de los padres comitentes sobre la gestante y, por otra, el riesgo de apego al niño que hace necesario evaluar la capacidad emocional de la mujer para separarse de él y entregarlo al nacer¹¹³.

Para evitar ese eventual conflicto entre gestante y comitentes, en algunos países, se ha optado por reconocer a la gestante como madre del niño hasta después del parto, oportunidad en la que, sólo si lo consiente, se procederá a establecer la filiación con los comitentes. De este modo, se reduce el riesgo de explotación de la gestante aunque se incrementa la inseguridad jurídica del niño pues sólo pasadas unas semanas tras el parto quedará determinada definitivamente su filiación legal¹¹⁴.

Las situaciones generadoras de un conflicto entre las partes pueden ser innumerables. Piénsese, por lo pronto, en qué sucedería si durante el embarazo se diagnosticara al niño con algún problema de salud, los comitentes quisieran que la mujer gestante abortara pero ella se negara¹¹⁵, o qué ocurriría si los comitentes fallecieran antes de que el niño naciera¹¹⁶.

¹¹³ PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE; PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, "Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion", *Fertil Steril*, 2015, 103(1), pp. 1-8.

¹¹⁴ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 28.

¹¹⁵ En el caso "Baby S." Crystal Kelley gestaba un niño a causa de un acuerdo de maternidad subrogada cuando un ultrasonido mostró que el bebé padecía de serios defectos que reducirían a un 25% las chances de llevar una vida normal. Los comitentes decidieron interrumpir el embarazo pero la gestante se opuso. Se originó una contienda legal en la que los comitentes ofrecían compensar a la gestante con U\$10.000 si abortaba al niño y se negaban a criarlo en caso de que naciera. Finalmente, Kelley se trasladó a Michigan en búsqueda de una familia adoptiva para el niño. Cfr. Cohen, E., "Surrogate offered \$10,000 to abort baby", CNN, 2013. Disponible en <http://www.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legalbattle/index.html?iref=allsearch>.

¹¹⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 78.

F. La posición de diversos organismos intergubernamentales

El Parlamento Europeo (Unión Europea) ha sido contundente al condenar la subrogación materna. Entendió que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como materia prima; consideró que debe prohibirse por implicar la explotación de la función reproductiva y el uso del cuerpo humano con fines financieros o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y afirmó que la práctica debe ser examinada con suma urgencia en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos¹¹⁷.

Esta decisión confirma la línea que ya había sido trazada por el Parlamento Europeo en 2011¹¹⁸, cuando solicitó a los Estados que reconocieran el serio problema de la subrogación materna como explotación del cuerpo femenino y de sus órganos reproductivos (párrafo 20) enfatizando que mujeres y niños estaban sujetos a las mismas formas de explotación siendo asumidos como materia prima en el mercado reproductivo internacional, y afirmó que los acuerdos reproductivos de subrogación aumentaban el tráfico de mujeres y niños así como las adopciones ilegales a través de las fronteras nacionales (párrafo 21).

Desde 2012, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) se ha interesado por la maternidad subrogada internacional, particularmente por los problemas relativos a la filiación de los hijos habidos mediante esta práctica. En la actualidad, un grupo de expertos estudia las posibilidades de avanzar en el campo del Derecho Internacional Privado en relación al estatuto de los niños nacidos por acuerdos de subrogación internacional, ámbito

¹¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del 17/12/2015 mediante la cual se aprueba el Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia, parágr. 115. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>.

¹¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del 05/04/2011 sobre Prioridades y esquema del nuevo marco de políticas de la Unión Europea para luchar contra la violencia contra la mujer, 2010/2209 –INI.

en el que, además, se han reconocido los graves riesgos que conlleva la maternidad subrogada. El informe del grupo de expertos publicado a mediados de 2016 concluyó que la dificultad de la cuestión y la variedad de perspectivas por parte de los Estados hacían inviable cualquier avance en la materia¹¹⁹.

En otro informe de 2015 la HCCH ya había advertido sobre algunas cuestiones de importancia. Así, que los acuerdos de maternidad subrogada internacional importaban graves amenazas a los derechos humanos relacionados con el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; la inadecuación de los comitentes para ser padres y el riesgo de tráfico de niños; el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes, y las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación¹²⁰.

La Organización de Naciones Unidas (ONU), por su parte, a través del Comité de Derechos del Niño, observó a algunos países como India¹²¹ y USA¹²² sobre los riesgos del tráfico de niños relacionados

¹¹⁹ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Report of the February 2016 Meeting Experts' Group on Parentage / Surrogacy*. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.

¹²⁰ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.

¹²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66° período de sesiones (26/05 al 13/06/2014), pp. 13-14. El Comité manifestó su preocupación por el hecho de que “no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños”. Para evitar esta situación recomendó la aprobación de leyes con disposiciones que “tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada”. India modificó luego su legislación prohibiendo la maternidad subrogada internacional.

¹²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62° período de sesiones (14/01 al 01/02/2013), p. 9. Al examinar el grado de cumplimiento de USA del Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, el Comité advirtió graves deficiencias relaciona-

con estas prácticas.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, finalmente, rechazó en octubre de 2016¹²³ una propuesta de recomendación para adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños nacidos a partir de acuerdos de subrogación materna que previamente había sido aprobada por el Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible.

G. El contexto normativo en el derecho argentino

En el derecho argentino, el Código Civil y Comercial (CCyC) no contempla la maternidad subrogada. Si bien el Anteproyecto la preveía, su eliminación ha sido interpretada como una prueba cabal de que el legislador no estaba de acuerdo con la regulación de esta práctica¹²⁴.

En cambio, el CCyC ha receptado, de modo uniforme para la filiación por naturaleza (art. 565¹²⁵) y para la filiación por técnicas de reproducción humana asistida –TRHA– (art. 562¹²⁶) el principio del derecho romano “*mater sempre certa est*” que no se limita a constatar que todo niño tiene una madre gestante sino a prescribir que ella será su madre legal, respetando la continuidad natural entre la maternidad genética, fisiológica y legal. Si bien el principio se sustenta sobre una base biológica, la trasciende al asumir que la progenitora de un niño es quien, como madre, mejor puede hacerse cargo de él¹²⁷.

das con la maternidad subrogada como “definiciones ambiguas y resquicios legales” o “el hecho de que se siga permitiendo efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas” considerando que “impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción”.

¹²³ ASAMBLEA PARLAMENTARIA, CONSEJO DE EUROPA, “Children’s rights related to surrogacy”, Doc. 14140, Fourth part-session, 11/10/2016. Disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID=>. La propuesta fue encabezada por el parlamentario belga Petra de Sutter.

¹²⁴ SAMBRIZZI, Eduardo, “Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes”, *La Ley*, 2017-D, p. 641.

¹²⁵ “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. (...)”

¹²⁶ “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz ...”

¹²⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 21.

La Ley 24.540 (Régimen de Identificación de los Recién Nacidos, modif. por Ley 24.884) establece el proceso de identificación del niño en ocasión de su alumbramiento a partir de la identidad de la gestante. Confluye en la confección de la ficha de identificación del recién nacido que integrará el legajo base de la inscripción registral del nacimiento.

La única vía legal para atribuir la maternidad a una mujer diferente de la gestante es, entonces, la adopción. En este caso, habrá que considerar que el CCyC prohíbe la entrega directa de niños (art. 611¹²⁸); establece que la decisión libre e informada de los progenitores de que el niño sea adoptado sólo es válida si se produce después de los 45 días de ocurrido el nacimiento (art. 607, inc. b), y prohíbe que el ascendiente adopte a su descendiente (art. 601, inc. b) así como la adopción entre hermanos (art. 601, inc. c).

En cuanto al segundo emplazamiento filial, en los supuestos de filiación por TRHA, tanto la filiación matrimonial (art. 569, inc. c) como la extramatrimonial (arts. 570 y 575, 1er. párr.) quedan determinadas por el consentimiento previo, informado y libre (CPIL) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (RECyCP). Y si en el proceso reproductivo se hubieran utilizado gametos de terceros, no se genera vínculo alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales (art. 575, 2do. párr.).

Por otra parte, se dispone que cuando el emplazamiento filial fuera constituido de acuerdo con el derecho extranjero deberá ser reconocido en nuestro país de conformidad con los principios de orden público argentino (art. 2634¹²⁹).

¹²⁸“Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.” (párr. 1ro. y 2do.)

¹²⁹“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en

Tampoco la Ley 26.862¹³⁰ prevé a la maternidad subrogada entre los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

De otra parte, cualquier acuerdo de maternidad subrogada sería nulo, de nulidad absoluta, por aplicación de los arts. 279 y 386 CCyC que, respectivamente, establecen que el objeto de un acto jurídico no puede ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana; y que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres¹³¹.

Asimismo, cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, la CDN impone a los Estados el deber de prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8.2.).

En concordancia con ello, el Código Penal tipifica los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad¹³² penando con prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro (art. 138); con prisión de 2 a 6 años a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan (art. 139, inc. 1) y al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterar o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y al que lo retuviere u ocultare (art. 139, inc. 2), y con reclusión o prisión de 3 a 10 años, al que

la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

¹³⁰ Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (2013). Y su Decreto reglamentario Nro. 956/2013.

¹³¹ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, “Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes”, *La Ley*, 2017-D, p. 641.

¹³² Capítulo II del Título IV (Delitos contra el Estado Civil).

facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de tales delitos, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad, incurriendo en las mismas penas, además de sufrir inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas descriptas (art. 139 bis).

H. Reflexión final

La maternidad subrogada es incompatible con la dignidad humana. Tanto el niño como la madre subrogada son cosificados, tratados como medios, instrumentalizados para satisfacer los deseos de otras personas.

Por ello, como se afirmara con contundencia en el Informe Warnock¹³³ hace más de treinta años, debe introducirse una legislación que convierta en delictiva la creación o funcionamiento de agencias entre cuyos fines se incluya el reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados o la realización de gestiones a favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una mujer portadora, sea tal organización lucrativa o altruista, haciendo penalmente responsables a los profesionales y otras personas que ayuden a sabiendas a establecer un embarazo subrogado, y estableciendo que todos los acuerdos de subrogación materna sean contratos ilegales, nulos de nulidad absoluta.

¹³³WARNOCK, Mary, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, Oxford: 1985, Blackwell, pp. 80-86.

El divorcio protectorio y los hijos

por Osvaldo Pitrau

I. Introducción

La disolución del matrimonio tiene efectos jurídicos que afectan a los cónyuges, a los hijos menores y al resto de los integrantes de la familia.

El proceso de divorcio puede ser protectorio si en su estructura normativa se resguardan los derechos de los integrantes vulnerables del grupo familiar.

En nuestro derecho, la regulación específica del divorcio se integra a otras normas del propio Código Civil y Comercial como los principios generales de los procesos de familia y de la responsabilidad parental, como así debe respetar el orden legal derivado de la Constitución Nacional y de las Convenciones Internacionales aplicables.

A partir de ello, en este trabajo se pone bajo análisis, el alcance de una posible *función protectoria* de nuestro proceso de divorcio en relación con *los hijos menores*.

II. Los procesos de familia. Principios generales. El divorcio

1. La regulación procesal del derecho de familia

El Código Civil y Comercial introduce un Título VIII en el Libro II dedicado a los Procesos de Familia que se desarrolla a partir del art. 705.

Se trata de un conjunto de normas procesales que incluye algunas muy generales que establecen principios rectores, y otras muy específicas que regulan aspectos como la competencia y la prueba.

En orden a ello, no resulta de buena técnica legislativa incluir regulaciones procesales en un código de fondo, aun cuando las normas que establecen principios procesales pueden resultar más aceptables, en tanto se vinculan directamente con las instituciones familiares desde el punto de vista sustancial.

Esta tendencia histórica de incluir normas procesales en la regulación del divorcio puede verificarse en el art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil introducido por la Ley 17.711, y en el art. 236 del Código Civil incorporado por la Ley 23.515.

Un aspecto interesante de este capítulo procesal del Código consiste en la determinación legal específica de pautas para un *proceso de familia* que distingue a la normativa familiar del resto de las regulaciones del código que, a excepción del capítulo de Proceso Sucesorio (Título VII de Libro V) no ha previsto normas procedimentales para el resto de los institutos civiles o comerciales.

En orden a ello, esta diferenciación especial de principios y reglas procesales en el código de fondo sirve de fuerte sustento para una futura elaboración de un código procesal de familia.

Esta regulación específica del proceso de familia resulta apropiada y adquiere la mayor relevancia por las especiales características de la disciplina, marcada por los fuertes contenidos de *compromiso*

*afectivo*¹, pero en especial, por la condición de *alta vulnerabilidad* de algunos de los integrantes del grupo familiar. Estas particularidades nos impiden asimilarlo al proceso civil clásico y nos colocan en la necesidad de instrumentar un procedimiento que, a la vez de ser resolutivo, deba ser también *protectivo*.²

2. Los Principios Generales del art. 706 del Código Civil y Comercial

En este punto, resulta importante realizar un análisis de esos principios generales, para entender luego el proceso de divorcio en el marco del Código Civil y Comercial.

El art. 706 establece los principios generales del proceso de familia y afirma que “*debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente*”.

En este punto, cabe diferenciar como bien lo hace Falcón³, aquellos principios que son fuente del derecho, de aquellos que son sistemas y constituyen elementos de interpretación.

¹ BERIZONCE, Roberto, “*Derecho Procesal Civil actual*”, Abeledo Perrot ,1999. Según este autor, el proceso de familia ostenta particularidades que hace que no pueda regularse conforma las reglas clásicas del proceso civil. “*Los conflictos familiares, por la singularidad y complejidad de las causas que los desencadenan, tanto por las pasiones y enconos que casi siempre desatan en sus protagonistas, encierran situaciones y entuertos humanos, antes que jurídicos. Tienen toda la dimensión y presentan la riqueza de los matices de lo humano. Las soluciones escapan casi siempre a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por soluciones jurídicas tradicionales...*”.

² El Tribunal Constitucional Español, (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, “*que dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia no se trata de “un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor.(cfr. art. 1826, LEC)*”. Debe destacarse que esta es una doctrina judicial constitucional citada en innumerables sentencias de los tribunales españoles hasta el día de la fecha.

³ FALCON, Enrique M. *El proceso de Divorcio conforme el nuevo Código Civil y Comercial. Los Principios y su aplicación práctica*. En La Ley 2018-B Suplemento Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 20 de septiembre de 2018, pag. 1.

En este sentido, el art. 706 reitera principios constitucionales, que son fuente del derecho y resultan de aplicación necesaria, tales como la tutela judicial efectiva, la buena fe y la lealtad procesal, el acceso a la justicia, el interés superior del niño y la protección de personas vulnerables. Cabe destacar que en este punto no menciona en forma explícita⁴ el principio del plazo razonable a pesar de tener inserción constitucional a través del Pacto de San José de Costa Rica y en el art.11.2 de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, se presentan diversos sistemas que son reglas de conducta y de interpretación pero que pueden ser contingentes⁵: intermediación, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente, resolución pacífica de conflictos, jueces especializados y apoyo multidisciplinario.

En el art. 706, estos principios y sistemas de diversa naturaleza conceptual aparecen en un conjunto sin diferenciarse. Sin perjuicio de ello, a continuación, seguiremos en nuestro análisis el orden que propone la norma⁶.

2.1. La tutela judicial efectiva es un principio procesal necesario, amplio y complejo que abarca diversos aspectos:

- a. *El derecho a acceder a los jueces y tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos.* Este aspecto se encuentra reforzado en el inciso a) del mismo art.706 cuando establece que “*Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica*

⁴ Si bien puede considerarse incluido en el principio de Tutela judicial efectiva, hubiera sido importante su mención en la norma.

⁵ FALCON, Enrique M. *El proceso de Divorcio conforme el nuevo Código Civil y Comercial*. Los Principios y su aplicación práctica. En La Ley 2018-B Suplemento Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 20 de septiembre de 2018 pag. 1.

⁶ PITRAU, Osvaldo *Los principios generales del proceso de familia* en Diario DPI Familia y Sucesiones N° 175 del 16.11.2018 en [www. DPIcuantico.com](http://www.DPIcuantico.com).

de los conflictos”. Esta alusión a personas vulnerables expone a la posición en que quedan los hijos ante un proceso de divorcio. En este punto la cuestión regulatoria de los efectos del divorcio requiere de un pleno acceso a la justicia para la defensa de intereses que se hayan visto afectados por la disolución conyugal, en especial se impone establecer una tutela judicial efectiva de los derechos de los hijos menores o del cónyuge más débil.

- b. *El derecho a tener oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria sin sufrir indefensión.* En este aspecto, cabe reafirmar el carácter contencioso del proceso de divorcio, que pueda asegurar el ejercicio de los derechos de las dos partes.
- c. *El derecho a obtener una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable.* El tiempo de la resolución es esencial en cuestiones de derecho de familia, en especial en relación con los niños, ya que hay cuestiones relativas a su cuidado personal y en especial a los alimentos que no pueden esperar. En este punto, y en paralelo, habría que desarrollar normas vinculadas al modelo del *proceso monitorio*⁷ y aplicar otras disposiciones ya existentes⁸ de naturaleza cautelar que resuelvan las afectaciones de los vulnerables con la mayor celeridad posible.
- d. *El derecho a ejercitar los recursos establecidos frente a las resoluciones que se consideren desfavorables.*

⁷ En el derecho europeo el proceso monitorio se aplica a cuestiones patrimoniales, con buenos resultados, así en el Reglamento (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, se regula el proceso monitorio europeo. (Diario Oficial de la Unión Europea n° L 399 de 30/12/2006 pp. 1-32.) Este tipo de proceso también existe en España, donde fue introducido por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero de 2000, siendo ampliado este régimen por la Ley 4/2011, de 24 de marzo de 2011 (*Boletín Oficial del Estado del 25 de marzo de 2011*) y por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de 2011, de medidas de agilización procesal (*Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2011*).

⁸ Arts. 721 y 722 del Código Civil y Comercial que luego analizaremos *in extenso*.

- e. *El derecho a obtener la ejecución del fallo judicial*, ya que si no fuera así las decisiones judiciales y los derechos que en ella se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Esto significa que el cumplimiento de una resolución judicial debería estar acompañado por conjunto de medidas y pautas que posibilitarán su posterior cumplimiento. En este sentido, resulta positiva como ejemplo de tutela judicial efectiva, la exigencia de garantías de cumplimiento del convenio regulatorio introducida por el art. 440 del Código Civil y Comercial.

En el marco del cumplimiento efectivo del decisorio proponemos que se considere un *procedimiento de seguimiento de la aplicación de la sentencia*, en especial en lo relativo al cumplimiento de los convenios regulatorios del divorcio. Esta cuestión bien puede combinarse con otro principio procesal de familia como el de *oficiosidad*.

La tutela judicial efectiva es uno de los derechos reconocidos con el rango de fundamental por el artículo 24.1 de la Constitución Española.

La legalización del principio de la tutela judicial efectiva que aparece en el Código Civil y Comercial, es muy alentadora y significa un gran avance en material procesal.

Con la aplicación de este principio se trata de obtener decisorios que proporcionen resultados útiles, concretos y perceptibles, que beneficien a los integrantes de la familia.

Sin embargo, serán necesarias normas procesales específicas con mecanismos eficientes e instrumentos de ejecución, pues sino solo tendremos un principio sin operatividad.

En el proceso de divorcio, la aplicación real de este principio es un elemento esencial para un *modelo protectorio*.

2.2. *El principio de Inmediación*, consiste en la mayor cercanía posible del juzgador, que éste tenga el mayor contacto personal con los sujetos y con la prueba de la causa durante el trámite, a los fines de la mejor resolución del conflicto.

El principio de intermediación se exterioriza a través del deber del juzgador de oír de manera personal, según las circunstancias del caso, a las partes, a los niños y a todos aquellos que conforman la familia o que poseen vinculación con ella, sean personas o instituciones.

Es importante destacar que en la práctica procesal del divorcio este principio queda totalmente relegado, como lo desarrollaremos más adelante, el juzgador tiene un breve encuentro con los cónyuges que pretenden divorciarse y ningún contacto con los hijos que se ven afectados por la disolución del vínculo de sus progenitores.

La propia audiencia exigida por el propio Código en el art. 438, en la práctica ya casi no se celebra en la mayoría de los procesos de divorcio, dictándose directamente la sentencia.

Pero volviendo al principio procesal que requiere la cercanía del juzgador, en la actualidad hay otras formas de intermediación, aplicable a las audiencias de prueba, que acompañan y complementan el contacto físico, como es el caso de la intermediación virtual que resulta de la video filmación de las audiencias de vista de causa, tal como lo regulan normas procesales de España y Alemania y en algunas jurisdicciones de nuestro país como Buenos Aires o Río Negro.

El proceso técnico de video filmación de las audiencias de vista de causa permite al juez preservar gran parte de los beneficios de la intermediación en la prueba, en especial en el caso de la declaración de testigos. Por otra parte, tal como lo destaca Mabel De los Santos⁹, ello permite también una adecuada valoración de las pruebas recibidas en audiencia por parte del tribunal de alzada, teniendo en

⁹ DE LOS SANTOS, Mabel *Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial)*, Publicado en: Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), pag.125 Ed La Ley.

cuenta que se trata de procesos que deben estar estructurados en dos instancias.

Por último, que una nueva aplicación de este principio de inmediación debe consistir en el acercamiento físico del juez al centro de vida del niño, a través de la realización de las diligencias procesales en el hogar familiar con presencia del Juez o de funcionarios del juzgado para conocer a una familia y su realidad que, muchas veces solo llega a exponerse mediatamente en los escritos, informes periciales o en las presentaciones orales de una audiencia.

Esta intermediación del juzgador con los niños de la familia debe tener lugar aun en el proceso de divorcio, en tanto se plantea el análisis de la regulación de los efectos en relación con los hijos presentada por las partes o la disposición de medidas cautelares como las del art. 721.

2.3. Los principios de lealtad y buena fe procesal consisten en la adecuación de las conductas de las partes a la justicia y al respeto entre sí, debiendo evitar cualquier acción fraudulenta o dilatoria del proceso.

En los procesos de familia, las actitudes conflictivas, obstruccionistas, dilatorias, excesivamente formalistas conspiran en contra de la necesidad de obtener una solución eficaz a un diferendo que afecta a toda la familia. En estos juicios no existen ganadores o perdedores, se debe buscar conjuntamente una solución justa coincidente con el bien común familiar, por ello la lealtad procesal y la buena fe deben estar presentes en estos procesos y son indispensables para obtener ese objetivo.

2.4. El principio de oficiosidad o de impulso procesal de oficio implica el deber que pesa sobre el tribunal de impulsar o continuar con el proceso, independientemente de la actividad de los justicia-

bles. Por lo tanto, una vez instado inicialmente el procedimiento por las partes, es el órgano jurisdiccional el encargado de impulsarlo hacia su final natural, que es la sentencia.

Este principio resulta particularmente aplicable a los juicios de divorcio en tanto existen muchas normas de orden público que requieren el accionar del juez de forma oficiosa, en especial en relación con los derechos de los hijos menores y su interés superior.

En el marco de este principio, el Juez controla el proceso de divorcio en orden a las peticiones y propuestas efectuadas por los cónyuges, pero debiendo atender el interés de toda la familia y la regulación de los efectos que produce la disolución. En este punto podrá hacer avanzar o suspender el curso del proceso de acuerdo a la afectación que observe en los derechos de los integrantes de la familia.

Si bien en nuestro derecho no se ha receptado una cláusula de dureza o de rigor, como sí ocurre en las legislaciones de Alemania, Francia, Inglaterra o Chile, el juzgador podría, en orden a este principio y al de tutela judicial efectiva, disponer medidas que virtualmente detengan el proceso de divorcio, frente a la falta de cobertura de los derechos de los hijos del matrimonio.

El principio de primacía de la sentencia del art. 438 no puede ser absoluto y debería ceder frente al interés superior del niño que tiene fuente constitucional.

2.5. El Principio de Oralidad. El principio de oralidad consiste en la realización de los actos procesales a viva voz, normalmente en una audiencia de vista de causa y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable.

Actualmente la oralidad aparece acompañada por la filmación de las audiencias, que permite, a partir de la digitalización de esas grabaciones, un acceso directo a las diversas piezas procesales del juicio de una forma más práctica.

Este principio de oralidad se vincula estrechamente con el ya mencionado de inmediación, en tanto en el proceso escrito hay una casi absoluta falta de contacto entre las partes y el juzgador.

Finalmente, sin perjuicio de lo ya expresado en torno al principio de inmediación, actualmente se debe destacar la denominada *oralidad virtual* donde la participación no escrita no necesariamente debe implicar la presencia física de las partes o testigos, sino que se produce a través de diversos medios de comunicación virtual, facilitando muchas veces la integración de prueba inmediata cuando existen razones de distancia o cuestiones de salud que impiden la comparecencia física.

En el proceso de divorcio, el único acto de oralidad es la audiencia imperativa que se establece en el art. 438, de modo que de verificarse cierta práctica procesal que suprime la convocatoria a esta audiencia, el juicio de divorcio se habrá transformado en un proceso de naturaleza exclusivamente escrita.

2.6. Principio de acceso limitado al expediente. Consiste en el resguardo de intimidad que corresponde al proceso familiar, en especial por la afectación de derechos de los niños. En este sentido, sólo tendrán acceso a las actuaciones las partes, sus representantes y letrados y los auxiliares designados.

A partir de este principio, deberá implementarse un mecanismo informático que prevea la debida confidencialidad para las cuestiones familiares que forman parte del juicio.

3. Principios Generales del proceso de familia con finalidad protectoria

Los principios generales del proceso tienen una finalidad protectoria del vulnerable que toma aún mayor relevancia en el Derecho de Familia, de allí la justificada existencia de un capítulo específico en el Código Civil y Comercial.

Como bien lo destaca Mabel De Los Santos, los principios contenidos en el art 706 del Código Civil y Comercial, responden a la necesidad de diseñar los procesos de modo que aseguren el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables. Dice en ese sentido esta autora que, “*se hace efectivo así el mandato del art. 75, inc. 23, CN; de los arts. 3º y 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las 100 reglas de Brasilia que lo propician. Dichos principios del proceso de familia tienen también la finalidad de actuar en el conjunto legislativo como pautas de interpretación e integración normativa*”. Finalmente señala que, “*el texto indica que las decisiones que involucren a niños, niñas o adolescentes deben estar presididas por la consideración del interés superior de estas personas*”.¹⁰

Estos principios generales del proceso de familia son elementos que integran el estatuto de un divorcio de tipo protectivo, por ello su aplicación efectiva será vital para el resguardo de los vulnerables y su ausencia, en un juicio como el de divorcio, será un motivo de preocupación y contradicción.

III. El divorcio en el código civil y comercial

1. Un divorcio a simple voluntad, sin causas, sin culpas, ni plazos

El Código Civil y Comercial establece una nueva regulación del divorcio que suprime el sistema de causales e instaura un régimen de ruptura del vínculo matrimonial basado exclusivamente en la voluntad de las partes.

En la norma codificada ya no existen causales subjetivas u objetivas que sean el presupuesto de la supresión del vínculo conyugal: es

¹⁰ DE LOS SANTOS, Mabel A., “*Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”, Revista Derecho Privado, año II, nro. 6. Ed. Infojus, p. 15-6

suficiente la voluntad de uno o de ambos cónyuges para petitionar el divorcio.

Asimismo, tampoco se exigen plazos de duración del matrimonio o de una eventual separación previa, en la nueva norma, el divorcio podría solicitarse al día siguiente de la celebración del matrimonio.

Los Fundamentos del Anteproyecto identifican esta reforma con un avance de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia: *“La mirada rígida sobre la relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites”*¹¹. Es claro que no todo debe considerarse de orden público, sería una demasía, pero si debe respetarse lo mucho o poco que sea de orden público. En la contradicción práctica que pueda plantearse entre la autonomía de la voluntad y una norma de orden público, sin dudas debe prevalecer esta última.

Este modelo de divorcio simplificado parece muy conveniente a los efectos procesales: ya no hay causas, ni culpas, ni plazos que puedan alegarse o que signifiquen algún tipo de complejidad probatoria, ya casi no hay motivos de litigio que puedan plantearse.

Esta supresión legal de causas y culpas proporciona una aparente tranquilidad sólo en lo que refiere al propio proceso judicial de disolución del vínculo: en la realidad familiar habrán existido causas de la disolución, en forma subyacente existirá un probable conflicto conyugal y posiblemente también se habrán producido conductas culpables. Sin embargo, todos estos hechos y actos de los cónyuges, ya no será visibles, ni tendrán un remedio específico en la normativa de divorcio, de modo que, en el caso que corresponda, las injusticias deberán repararse por otras vías jurídicas.

¹¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

Para ilustrar posibles supuestos injustos, pensemos en aquellos casos de una violencia familiar crónica o extrema como causa real subyacente del pedido de divorcio, donde uno de los cónyuges pudo haber llegado a atentar contra la vida del otro provocándole heridas permanentes. Con el nuevo ordenamiento, hasta el propio cónyuge agresor podrá pedir el divorcio donde no se reflejará culpa alguna, aunque ésta culpa haya existido, y este caso no tiene ahora una respuesta en el propio ordenamiento de divorcio, por lo que habrá que acudir a otras normas, de carácter resarcitorio para reparar los daños provocados.

Pero otros casos menos dramáticos tampoco merecieron la atención de la norma sustancial: si uno de los cónyuges con todo derecho decide unilateralmente dejar de participar abruptamente del proyecto de vida en común que resultó ser la base del matrimonio, y esta determinación genera efectos perjudiciales para el otro cónyuge y sus hijos, tampoco esto parece tener relevancia en las normas sustanciales de divorcio. En este caso, si correspondiera, también habrá que acudir a otros institutos para hacer justicia.

El actual proceso de divorcio parece desvincularse del derecho de familia, más aun parece desconectarse de la familia misma, y remitirse solo al matrimonio, para terminar finalmente vinculándose sólo a la persona individual de cada cónyuge y a sus intereses particulares.

En este punto podría sostenerse que resulta lógico que el proceso de divorcio se vincule a la autonomía de la voluntad individual de los cónyuges porque en definitiva se relaciona con la ruptura del matrimonio, y ya no serán más esposos, sin embargo, la norma parece ignorar que la familia que han formado en la mayoría de los casos va a continuar sin que exista la unión jurídica conyugal.

Según una parte de la doctrina anterior a la reforma, el proceso contradictorio de divorcio con causales subjetivas generaba demasiados litigios interminables y entonces postulaba que había que modificar ese modelo procesal.

Pero quizás no era ese modelo de proceso de causales de divorcio el que generaba dolor, sino que la causa de la desolación era el propio conflicto familiar subyacente entre dos personas, que solo se servían de ese procedimiento para continuar la pelea en tribunales.

No hay constancias estadísticas que demuestren que esos conflictos conyugales subyacentes hayan disminuido luego del cambio de norma hacia un divorcio sin causales.

En los últimos años de vigencia del Código Civil, los casos de divorcios contenciosos basados en causales objetivas o subjetivas en la Ciudad de Buenos Aires no superaban el 10 %. El divorcio de presentación conjunta, mal denominada “por mutuo acuerdo” representaba más del 90% de los casos¹², de modo que la utilización de causales subjetivas u objetivas no era cuantitativamente la causa del supuesto dolor matrimonial¹³.

Sin embargo, a pesar de la facilidades procesales actuales y de la supresión del divorcio por causales, puede verificarse que los casos de violencia matrimonial han aumentado notoriamente, de modo que con el nuevo proceso de divorcio sin causas ni culpas, la violencia conyugal no ha disminuído¹⁴. Y esto así porque los procedimientos judiciales no necesariamente van a resolver los problemas de un matrimonio, éstos seguirán existiendo ya que provienen de otras causas y requieren otros tratamientos.

¹² HIMITIAN, Evangelina “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década” artículo publicado en la Nación el 4 de marzo de 2012; Ver también Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad “*Los divorcios en la Ciudad de Buenos Aires en 2012*”. Informe de resultados N°571, septiembre de 2013.

¹³ Cabe destacar que entre el grupo estadístico relevado de divorcios basados en causales también la diferencia era muy grande: el 75% se basaba en causales objetivas como la separación de hecho previa y solo el 25% de ese grupo se basaba en causales subjetivas. De modo que en términos generales el porcentaje de divorcios con causales subjetivas solo ascendía a un 2,5% aproximado del total de causas de divorcio.

¹⁴ Ver Informe del Instituto nacional de estadísticas y censos (INDEC) sobre *Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres* (RUCVM) Resultados estadísticos 2013-2017, página 30: Según los datos recogidos en todos los juzgados y comisarías de Argentina, 86.700 mujeres denunciaron en 2017 algún caso de agresión física o psicológica. El número cuadruplica el registrado cuatro años antes, en 2013, cuando los casos sumaron 22.577.

De modo que en el actual contexto, no será ya importante “*evitar el dolor del proceso contencioso*”¹⁵, pues ya no existe ese tipo de juicio por causales, sino atender a un divorcio que visibilice a la familia subyacente y proteja a los vulnerables que se ven afectados por la disolución.

A los hijos menores o al cónyuge débil no les resuelve nada que ya no existan ni causas, ni culpas o inocencias en la ruptura matrimonial, por el contrario, en muchos casos, esa aparente falta de responsabilidad encubre injustas situaciones, como aquellas propias de la violencia familiar.

La eliminación de todas las causales de divorcio –tanto de las denominadas objetivas como de las subjetivas– no significa necesariamente un progreso desde el punto de vista social o jurídico, sino por el contrario, un serio retroceso, puesto que, de tal manera se vuelve a tiempos pretéritos, esto es, a una cierta forma de repudio de uno de los esposos por parte del otro¹⁶.

La nueva normativa en materia de matrimonio y divorcio favorece al más fuerte y desprotege al más débil, desvalorizándose a la familia, ya que ni siquiera se ha previsto la intervención de alguna institución de mediación familiar, de la manera en la que está legislado el divorcio, no se logra la pacificación de los esposos, pues el malestar se manifestará sea por medio del juicio de alimentos, régimen de cuidado o de comunicación con los hijos, juicios de responsabilidad o de liquidación de los bienes gananciales¹⁷.

¹⁵ En los *Fundamentos* se sostiene que el objetivo buscado es “*contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial*”; de forma tal que el divorcio se concrete “*de la manera menos dolorosa posible*”. (*Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora*”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.)

¹⁶ MEDINA, Graciela “*Las diez grandes reformas al derecho de familia*”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 14, 3. Esta autora afirma que en el nuevo Código, el divorcio “*recuerda al repudio*”, aunque aclara que “*tiene vastas diferencias con el repudio, ya que contempla algunas instituciones solidarias como la compensación económica y la atribución de la vivienda familiar a quien más la necesite...*”.

¹⁷ HERNÁNDEZ, Lidia B., “*El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del*

La exposición de conductas conyugales culpables en el texto legal y en el proceso judicial, no resolvía las injusticias pero eran un patrón de conducta que ahora no existe. Asimismo, ahora el vaciamiento de los deberes y derechos conyugales es un nuevo parámetro que alienta a nuevas situaciones de injusticia y de dolor, pues en apariencia, ya esas inconductas no tienen sanción alguna y por tanto son interpretadas equivocadamente como aceptables por la ley.

Tal como afirma Mazzinghi, al suprimir las causales de divorcio, el nuevo Código tiende un manto de indiferencia respecto de la conducta matrimonial, y favorece y propugna una prescindencia total con relación a la conducta observada por los cónyuges durante el matrimonio, mientras la supresión del divorcio litigioso constituye una señal de aliento, una suerte de espaldarazo anticipado para las inconductas más graves¹⁸.

Según señala acertadamente Sambrizzi, no resulta conveniente que, cuando uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio, pueda demandar el divorcio sólo porque no tiene interés en continuar casado y sin que ello le acarree consecuencia alguna. Se trata de una solución egoísta que olvida a la familia que él mismo integra y que se ve muy afectada por esta petición¹⁹.

Una regulación sustantiva de la disolución del vínculo conyugal no puede desentenderse de las causas que la provoca, ni de las consecuencias que ella genera. El problema de regular el divorcio solo a través de normas procesales, casi indebidas en un código de fondo, proporciona el ámbito propicio para que no exista entonces, una regulación sobre las causas y efectos de la disolución.

En este sentido, la más reciente reforma del Código Civil francés incorpora una moderna forma de divorcio por acto privado ante

Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, n° 10, noviembre de 2014, p. 41, 3, b) y c).

¹⁸ MAZZINGHI, Jorge A. (h), "El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto del Código Civil y Comercial)", cit., ED, 248-756, V.

¹⁹ SAMBRIZZI Eduardo, *Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial* Ed. La Ley Año 2017 tomo II cap.XXI pto.4

abogados, pero no suprime necesariamente el sistema de causales²⁰. Lo mismo ocurre con la legislación española de 2015 y su divorcio notarial que no anula el sistema de disolución por causales²¹.

La supresión de culpas no requería necesariamente haber suprimido las causas del divorcio y subestimado sus efectos. Y esto así, porque las causas y los efectos del divorcio en muchos casos se refieren a personas vulnerables que son integrantes de la familia: el cónyuge más débil y los hijos menores.

En conclusión, el nuevo modelo de divorcio presenta un procedimiento judicial simplificado que ha querido superar el mencionado “*dolor*” de las culpas y otorgar terreno a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, pero finalmente termina desconectado de la familia y de sus vulnerables, en franca contradicción con los principios de otras instituciones, como aquellos de la responsabilidad parental, sin resolver supuestos concretos de injusticia conyugal y, como veremos, violentando diversas garantías constitucionales del proceso.

2. Divorcio Administrativo, Registral, Notarial, Privado y Judicial

El Código Civil y Comercial suprimió casi toda la normativa sustancial de disolución de vínculo, de modo que lo único que ha quedado es una regulación parcial de un proceso de naturaleza judicial.

²⁰ CODE CIVIL français Article 229 (Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 50):

“Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d’un notaire. Le divorce peut être prononcé en cas:

- soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l’article 229-2;*
- soit d’acceptation du principe de la rupture du mariage;*
- soit d’altération définitive du lien conjugal;*
- soit de faute.”*

²¹ La ley española 15-2015 modifica el art. 87 del Código Civil e incorpora el divorcio por escritura pública ante notario.

En este punto, reducida la regulación del divorcio a una mera normativa procedimental, esta reforma pudo haber sido más profunda si hubiera situado a la ruptura vincular en el plano exclusivamente administrativo, registral, notarial o privado.

Así como se requiere de una voluntad conjunta para contraer matrimonio, que se expresa ante un oficial del registro civil, bien pudo haberse establecido en la nueva norma, que uno o ambos cónyuges, pudieran volver a expresar su voluntad ante el mismo oficial del Registro Civil, para retirar aquel consentimiento conyugal y por tanto, hacer extinguir ese vínculo matrimonial²².

En esta vía de disolución administrativa se encuentran el modelo de divorcio por mutuo consentimiento del derecho japonés²³.

Pero también debe mencionarse un modelo de divorcio que no lleva a cabo un funcionario administrativo del registro civil, sino que se realiza directamente a través de un notario, siendo éste el caso de Colombia²⁴ o de España a partir de la modificación del Código Civil mediante la Ley 15-2015, que introduce el divorcio notarial en el caso de mutuo consentimiento e inexistencia de hijos²⁵.

Una forma aún más simplificada de divorcio es la que incorpora la última reforma del *Code Civil* francés, de 18 de noviembre de

²² SOLARI, Nestor, Convenio regulador en el divorcio sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación en LA LEY 28/10/2014, 1 • LA LEY 2014-F, 706.

²³ En Japón, si bien existe el divorcio judicial (*saiban rikon*), las parejas pueden divorciarse bajo una modalidad administrativa ante la autoridad de registro matrimonial del municipio, por el denominado *Divorcio por mutuo acuerdo* (*kyogi rikon*) (Código Civil Japonés Art. 763: 第七百六十三条 夫婦は、その協議で、離婚をすることができる。) o también ante un tribunal de familia que dispone de mecanismos de mediación y arbitraje (*chotei/shinpan rikon*). A pesar de que el divorcio sea por mutuo acuerdo, las/los cónyuges que tienen ciertos bienes gananciales para recibir y compromisos de pago por alimentos por los hijos deben confeccionar un Contrato de las Pautas de Divorcio (*rikon kyogi-sho*) ante un Notario Público, con la cláusula de embargo de bienes (*kyosei shikko*). MATSUMOTO, Alberto “*Divorcio*” publicado en septiembre de 2000 en www.ideamatsu.com

²⁴ La base legal del divorcio notarial en Colombia es el decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, el cual reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005.

²⁵ La ley española 15-2015 modifica el art. 87 del Código Civil, y ahora establece en su primera parte que “*los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario*”.

2016(LOI 2016-1547 art.50), ya que instituye en el art. 229-1 un divorcio privado para los casos de mutuo consentimiento, a través de un acta que suscriben los cónyuges y sus abogados y que luego es protocolizada por un notario²⁶.

Se ha considerado que este tipo de divorcio introducido en Francia es por acto privado (*acte privée*) y no de tipo notarial como en el caso español²⁷, ya que el escribano solo protocoliza el acuerdo privado suscripto por los cónyuges y los abogados.

Este divorcio privado francés no procederá en los casos en que uno de los hijos solicite audiencia con el Juez o cuando uno de los cónyuges se encuentre bajo el régimen de protección para mayores de edad²⁸. En este caso de divorcio no judicial se ha previsto que se incluya la regulación de sus efectos en el acuerdo suscripto bajo pena de nulidad. (Arty.229-3 inciso 3^a)²⁹. Resulta interesante que aun en estos casos de divorcio privado se introduzcan normas protectorias que contemplan la participación de los hijos menores, algo que resulta casi impensado en nuestro derecho.

²⁶ CODE CIVIL Francia (LOI 2016-1547 art.50) art. 229-1 “ *Lorsque les époux s’entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d’un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l’article 1374.*

Cette convention est déposée au rang des minutes d’un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l’article 229-3. Il s’assure également que le projet de convention n’a pas été signé avant l’expiration du délai de réflexion prévu à l’article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire”.

²⁷ PEREÑA VICENTE, Monserrat “Divorcio a la francesa’, la inquietante evicción del notario en el divorcio por mutuo acuerdo del Código de Napoleón” en la revista El Notario del Siglo XXI, ENSXXI N° 82, noviembre- diciembre de 2018.

²⁸ CODE CIVIL Francia (LOI 2016-1547 art.50) Art.229-2: “*Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque : 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l’article 388-1, demande son audition par le juge ; 2° L’un des époux se trouve placé sous l’un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre”.*

²⁹ CODE CIVIL Francia LOI (2016-1547 art.50) Art. 229-3: “*La convention comporte expressément, à peine de nullité : ... 3° La mention de l’accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ; 4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s’il y a lieu au versement d’une prestation compensatoire ;...*”

Por otra parte, tal como se ha mencionado, sin perjuicio de la introducción de este divorcio privado, el Derecho Francés mantiene el procedimiento judicial de divorcio para todas las causales, incluida la de mutuo consentimiento y la culpable.

A pesar de estos antecedentes el Código Civil y Comercial, mantuvo el tratamiento de la ruptura conyugal en el ámbito exclusivamente judicial, de modo tal que para divorciarse, se necesita la voluntad de uno o ambos cónyuges, pero aún se requiere de una sentencia de un juez competente que disuelva el vínculo, tal como surge del art.437.

La decisión del Código de no establecer un divorcio administrativo, registral o privado y mantener la cuestión sometida a decisiones judiciales, parece acertada, siempre y cuando, la instancia judicial que se exige a los cónyuges se justifique, tenga algún sentido *protectorio* que exceda lo estrictamente administrativo y registral, de lo contrario no se explica la imperativa presencia de un juez solo para receptar y tomar nota de una voluntad de divorcio y derivar todas las demás cuestiones a juicios independientes futuros. Esta función bien podría hacerla un empleado administrativo del registro civil, que se ocupe de tomar nota de los cambios del estado de familia en los registros de actas.

Y es por ello que en orden a justificar la supervivencia de un divorcio judicial, se decidió que el Código Civil y Comercial incluyera en su texto las normas procesales referidas a la disolución del vínculo. Esta inclusión de normas procesales en un código de fondo siempre ha sido discutible, pero en este caso en especial parece tener su fundamento en la idea del legislador de revestir de cierta entidad al divorcio de carácter judicial frente a la posibilidad de un divorcio registral, administrativo, notarial o privado.

Pero la fragilidad e indefinición del proceso establecido en el art. 438 es tal que, ni siquiera hay un consenso doctrinario sobre su naturaleza jurídica.

Para una parte de la doctrina, alentada por el declarado avance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, se trata de un proceso

voluntario extracontencioso o incluso *mediatorio precontencioso*³⁰, y en este marco, no habría aquí una “*demanda*” o “*pretensión*” sino una “*petición*”, no habría “*partes*” o “*prueba*”, se trata de un supuesto incluido en el grupo de los denominados “*procesos sin conflicto*”³¹.

Un divorcio meramente administrativo o registral no es conveniente; la disolución del vínculo matrimonial debe seguir siendo una decisión judicial, pero ella debería estar vinculada en forma sustancial a la protección de derechos de los vulnerables de la familia que se afectan por la voluntad de divorcio de los cónyuges.

Por ello, el proceso de divorcio que aparece actualmente como una simple recepción de una petición de disolución, debiera estar vinculado al Principio jurídico de *solidaridad familiar* y provisto de un contenido *protectorio* para el cónyuge más débil y para los hijos que se vean afectados por este cambio de estado de familia.

En este sentido, en un modelo de *divorcio protectorio*, las cuestiones preexistentes y los efectos no deben necesariamente remitirse a los conceptos de culpabilidad tradicionales, que posiblemente existan, sino que deben vincularse a la cuestión de la posible afectación de los vulnerables provocada por la disolución vincular, para concluir incorporando como parte integrante de la decisión judicial *medidas de protección*.

Es por ello que, ante la posibilidad de migrar hacia un divorcio registral o privado en una próxima reforma, se propone mantener el modelo judicial, pero justificado en una función *protectoria*, que remita a la *Solidaridad familiar* y atienda al *Bien Común* de una familia que aun luego de la sentencia de disolución posiblemente continúe existiendo bajo otra forma no matrimonial.

³⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* Publicado en: LA LEY 07/08/2017 , 1 • LA LEY 2017-D, 1071 y ss.

³¹ KIELMANOVICH, Jorge L., “*El nuevo proceso de divorcio*”, La Ley, AR/DOC/881/2016; GUAHNON, Silvia V., “*El nuevo juicio de divorcio. Panorama general*”, elDial.com;

3. La naturaleza jurídica del nuevo proceso judicial de divorcio

La reforma que introduce el Código civil y Comercial ha provocado un debate sobre la naturaleza jurídica del proceso de divorcio, atento a su reciente simplificación estructural.

En este sentido, algunos autores consideran que el divorcio ni siquiera debería instrumentarse por un proceso judicial, sino que bastaría un procedimiento administrativo o notarial³².

Mientras alguna doctrina lo aprecia como un *proceso cuasimediatorio o precontencioso* pues lo vincula con los juicios posteriores contradictorios sobre sus efectos, otros autores lo califican como *proceso voluntario extracontencioso*. Finalmente, se mantiene la postura que lo sigue considerando como un proceso *contencioso* clásico.

Este debate se torna importante, no tanto por la cuestión de la calificación nominativa o tipológica de los procesos, sino por las consecuencias que estas diversas clases de procesos pueden tener sobre el ejercicio de las garantías procesales de la Constitución Nacional, así como, por la amplitud de cobertura que el proceso puede otorgar al resguardo de los derechos de los vulnerables.

De este modo, en simples procedimientos o procesos voluntarios extracontenciosos o mediatorios no siempre existirán las garantías

³² SOLARI, Néstor, *Convenio regulador en el divorcio sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación en LA LEY 28/10/2014*, 1 • LA LEY 2014-F, 706, este autor sostiene que “*La primera cuestión que surge, en aplicación del divorcio sin causa, es si resulta necesario acudir a la vía judicial para obtener la correspondiente sentencia de divorcio. Si el juez no tiene otro recurso que otorgar el divorcio, la pregunta surge claramente: cuál es el sentido y el fundamento para exigir un proceso judicial para que las partes obtengan el divorcio. Más lógica hubiere sido instrumentar una vía administrativa, lo que en la legislación extranjera se conoce como divorcio administrativo, con el correspondiente patrocinio letrado. Este medio facilitaría la regularización de la situación de hecho basado en dos factores determinantes: un costo menor y una vía menos formal. Por lo demás, si la ley permite que dos personas se casen por vía administrativa no existen razones valederas para requerir un proceso judicial para obtener el divorcio, en un sistema donde el juzgador, en ningún caso, podría denegar tal petición.*”

En este mismo sentido, ver también ACERBO, Jeremías, “*Separabilidad de pretensiones y trámite del divorcio solicitado unilateralmente*”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año VIII, n° 4, mayo de 2016, ps. 39 y s.

de debido proceso y derecho de defensa que existen en un proceso contencioso bilateral. En el mismo sentido, en procesos precontenciosos o voluntarios no siempre habría lugar a una cobertura efectiva de los derechos de los vulnerables de la familia.

El punto central de estas clasificaciones quizás pueda situarse en comparar qué lugar le conceden a las propuestas de regulación de efectos en relación con el principio de primacía de la sentencia de divorcio.

Así, cuanto menos contencioso sea el proceso, menos garantías tendrán los hijos para exponer sus derechos, defenderlos y asegurarlos en una regulación apropiada de los efectos del divorcio. Y este análisis puede aplicarse en algunos casos, también al cónyuge más débil.

Un proceso de divorcio con una *función protectoria* requiere de un tratamiento contencioso amplio que respete las garantías de defensa y de debido proceso, y que asimismo posibilite a los hijos ejercer sus derechos de cuidado personal y asistencia que les corresponden de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño y a la Constitución Nacional.

A continuación expondremos las principales posiciones doctrinarias sobre la naturaleza del proceso de divorcio establecido en el Código Civil y Comercial a partir de la reforma.

3.1. Proceso precontencioso o mediatorio de divorcio

Se ha calificado al proceso de divorcio como *precontencioso o mediatorio* y se observa que en la regulación de 2015 existe un nuevo rol del juez que en esta etapa judicial intenta obtener un acuerdo entre los cónyuges sobre los efectos de la disolución³³.

³³ MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* Publicado en: LA LEY 07/08/2017 , 1 • LA LEY 2017-D , 1071 y ss.

En este sentido, el proceso de divorcio sería casi una etapa mediadora que tiene como objetivo primordial llegar a acuerdos sobre los efectos del divorcio. Para esta postura serán fundamentales las propuestas presentadas con la petición y aparecería entonces, la audiencia del art. 438 como un encuentro esencial dentro del proceso.

Un proceso de divorcio de carácter mediatorio con vista a regular sus efectos, resulta sumamente interesante por su planteo protectorio, en especial respecto de los hijos, sin embargo en la medida que esta fase mediadora no pueda detener la inevitable sentencia de divorcio, su objetivo conciliatorio se frustrará en la mayoría de los casos en que exista desacuerdo en las propuestas.

En el marco de esta idea se aclara que el carácter de proceso *precontencioso-mediatorio* en relación con los efectos del divorcio bien puede referirse solo a las cuestiones propias del matrimonio, ya que los efectos relativos a la responsabilidad parental probablemente hayan sido reclamados en forma contenciosa en forma previa a la petición de divorcio³⁴.

3.2. *Proceso voluntario extracontencioso de divorcio*

Se ha sostenido que la reforma del Código Civil y Comercial ha incorporado un proceso *extracontencioso o voluntario* de divorcio³⁵. En este orden de ideas, Kielmanovich entiende, citando a la Cámara Civil, que se trata de un “*procedimiento de carácter unilateral cumplido ante los jueces, con el objeto de determinar ciertas situaciones jurídicas o cumplir requisitos impuestos por la ley, mediante declaraciones que no adquieren autoridad de cosa juzgada ni pueden causar perjuicio a terceros*”³⁶.

³⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* Publicado en: LA LEY 07/08/2017 , 1 • LA LEY 2017-D , 1071 y ss.

³⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. *El nuevo proceso de divorcio* LA LEY 30/03/2016 , 1 • LA LEY 2016-B , 935 y ss.

³⁶ C. Nac. Civ., sala L, 21/5/992, LA LEY, 1992-E, 388 citado en KIELMANOVICH, Jorge L. *El nuevo proceso de divorcio* LA LEY 30/03/2016 , 1 • LA LEY 2016-B , 935 y ss.

Para esta postura doctrinal el proceso tiene como objeto una petición, que es “*un acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial, y en interés del propio peticionario, la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada*”³⁷, y concluye en este caso, con el dictado de una resolución constitutiva que crea un nuevo estado de familia al disolver el vínculo matrimonial con arreglo a lo que dispone el art. 435, apart. c) del citado ordenamiento y la comunidad de bienes –en caso de no haberse optado por el régimen de separación de bienes– a tenor de lo que establece el art. 475 apart. c).

En este sentido, se trata entonces, como surge del art. 438, de una “*petición*” –que puede ser formulada en forma unilateral o bilateral esto es, por uno o por ambos cónyuges simultáneamente– que como tal no admite oposición del otro cónyuge, desde el momento que, como agrega el dispositivo, “*en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia*”, con lo que estamos en presencia de un proceso “*sin litigio*” en el que “*el juez no decide entre dos litigantes*”³⁸.

En este proceso *extracontencioso o voluntario* no habría “*demanda*” o “*pretensión*” sino una “*petición*”, no habría “*partes*” o “*prueba*”, ya que estaríamos en el campo de los denominados “*procesos sin conflicto*”³⁹.

En el mencionado contexto podría entenderse que por ser *extracontencioso o voluntario* se trata de un proceso desprovisto de garantías constitucionales, y por ello se ha criticado a esta postura alegando que, al descartar la bilateralidad de lo contencioso, se impide la defensa en juicio o el debido proceso, no permitiendo el planteo de

³⁷ PALACIO, “*Derecho procesal civil*”, cit., t. I, p. 483 citado en KIELMANOVICH, Jorge L. *El nuevo proceso de divorcio* LA LEY 30/03/2016 , 1 • LA LEY 2016-B, 935.

³⁸ KIELMANOVICH, Jorge L. “*El nuevo proceso de divorcio*” LA LEY 30/03/2016 , 1 • LA LEY 2016-B , 935

³⁹ GUAHNON, Silvia V., “*El nuevo juicio de divorcio. Panorama general*”, en www.elDial.com; KIELMANOVICH, Jorge L., “*El nuevo proceso de divorcio*”, La Ley, AR/DOC/881/2016;

nulidad del matrimonio y tampoco la deducción de defensas como la litispendencia, la falta de personería o de legitimación.

A estas críticas se ha contestado⁴⁰ que “*la bilateralidad de los procedimientos es una exquisita garantía de todos los procedimientos judiciales y, por tanto, también de los procesos “voluntarios” o “extracontenciosos”, citando un fallo de la Cámara Civil que ha señalado que “a pesar que la redacción del art. 438 del Cód. Civil y Comercial pueda no ser lo suficientemente clara, no cabe duda que en su espíritu se encuentra el principio de contradicción, por el cual se impone correr traslado tanto de la petición unilateral como así también de la propuesta efectuada por una de las partes, a efectos de no vulnerar la garantía constitucional de la defensa en juicio”*”⁴¹. En adición a ello se cita a la Sala G que aclararía que “*si bien los principios de bilateralidad e igualdad ante la ley podrían entenderse como creados para regir los procesos contenciosos, cabe también aplicárselos a los voluntarios”*”⁴².

De esta forma, el proceso voluntario o extracontencioso, tendría también una *bilateralidad* que asegura la garantía procesal de defensa en juicio, por lo que desde esta misma posición se ha afirmado que “*no parece dudoso que el art. 18 de la Constitución Nacional consagra como principio general del derecho procesal el llamado de bilateralidad o contradicción, el que conduce a impedir que un órgano jurisdiccional pueda dictar una resolución sin previamente dar audiencia a todos aquellos cuyos intereses pudieren verse comprometidos con ella, a lo que se suma la garantía de la igualdad ante la ley y el proceso, como por caso se resolviera al disponer el tras-*

⁴⁰ KIELMANOVICH, Jorge *Una vez más sobre la naturaleza del proceso de divorcio* en LA LEY 05/09/2017 , 1 • LA LEY 2017-E , 724 y ss.

⁴¹ CNCiv., sala M, 04/05/2016, “L., M. A. c. B., G. del V. s/ divorcio”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (agosto), 43. Citado por KIELMANOVICH, Jorge *Una vez más sobre la naturaleza del proceso de divorcio* en LA LEY 05/09/2017 , 1 • LA LEY 2017-E , 724 y ss.

⁴² CNCiv., sala G, “F., L. A. y G. S. G.”, 10/11/1987, LA LEY, 1988-A, 102 citado por KIELMANOVICH, Jorge *Una vez más sobre la naturaleza del proceso de divorcio* en LA LEY 05/09/2017 , 1 • LA LEY 2017-E , 724

lado del pedido de conversión en divorcio vincular de la sentencia dictada con anterioridad, máxime cuando se entiende que el proceso comprende, como lo entiende Palacio, tanto al contencioso como al extracontencioso”⁴³.

A partir de esta argumentación entonces, un proceso voluntario o extracontencioso tendría casi todas las características propias del proceso contencioso, en relación con las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

En consecuencia de ello, Kielmanovich sostiene que en cuanto a la procedencia de la pretensión de nulidad del matrimonio, en el supuesto de reputárselo nulo, dicha pretensión puede y debe ser deducida en proceso (contencioso) por separado –peticionándose la suspensión del dictado de la sentencia de divorcio ínterin la resolución de aquella litis–, sin que el hecho de haberse deducido la petición de divorcio –importa afirmar la validez del matrimonio– enerve empero la promoción de aquella acción, sin perder de vista, además, que la reconciliación es un exquisito acto procesal potestativo (art. 357, Cód. Proc. Civ. y Com.) y no una carga procesal que imponga como imperativo que dicha nulidad deba necesariamente ser deducida al contestar una “demanda” o al contestar el traslado de una “petición” de divorcio⁴⁴.

3.3. Proceso contencioso de divorcio

De acuerdo a esta posición doctrinaria el nuevo proceso de divorcio tiene naturaleza contenciosa⁴⁵. Este carácter se pone de manifiesto por su bilateralidad y asegura las garantías de defensa en juicio y de debido proceso.

⁴³ KIELMANOVICH, Jorge *Una vez más sobre la naturaleza del proceso de divorcio* en LA LEY 05/09/2017 , 1 • LA LEY 2017-E , 724 y ss.

⁴⁴ KIELMANOVICH, Jorge, *Una vez más sobre la naturaleza del proceso de divorcio* en LA LEY 05/09/2017 , 1 • LA LEY 2017-E , 724 y ss.

⁴⁵ SAMBRIZZI Eduardo, *Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial* Ed. La Ley Año 2017 tomo II cap.XXI pto.4; VELOSO *Reflexiones sobre El Proceso de Divorcio*, RCCyC 2016 [abril], 99).

Por otra parte, el proceso de tipo contencioso proporcionaría el cauce adecuado para la participación de los integrantes de la familia más vulnerables que tienen derecho a ser oídos en defensa de sus intereses superiores.

Un proceso contencioso de divorcio con bilateralidad posibilita que exista un amplio traslado de la demanda o petición para que se puedan presentar las defensas de litispendencia y de falta de personería del representante y de legitimación en el representante convencional o en el peticionante. Por otra parte, en este traslado se permite el ejercicio de la facultad de reconvenir en el caso de nulidad del matrimonio que se pretende disolver⁴⁶.

Como explica Veloso, la circunstancia de que el divorcio pueda ser pedido en forma unilateral no implica, de modo alguno, que su postulación se hubiera transformado en una petición voluntaria. En efecto, se trata de una controversia que, más allá de la imposibilidad de oponerse a su decreto, generará consecuencias jurídicas en el estado civil y patrimonial de las partes. Y aun en el supuesto de que el actor postule inexistencia de bienes e hijos comunes, estos hechos eventualmente podrían ser controvertidos por la contraria, y si bien no detendría el dictado de la sentencia, quedarán comprendidos en ella⁴⁷.

El escrito inicial constituye una verdadera demanda, ya que su contenido no es una simple petición de divorcio, pues se exige la presentación de una propuesta de regulación de los efectos del divorcio, muchos de los cuales afectan a terceros que en principio no son parte del proceso.

Como bien destaca Sambrizzi, el propio Código la considera una demanda en la importante norma del art. 480, en cuya primera parte

⁴⁶ Así, se ha dicho p. ej., que “*la sentencia que se dicte en los procesos de divorcio iniciados por uno solo de los cónyuges es apelable... pues se trata del ejercicio de una verdadera pretensión, a través de una petición dirigida al juez, la que a su vez se proyecta necesariamente al otro cónyuge con quien se constituye la relación jurídico procesal, conformando un proceso ab initio contencioso en el que prima el contradictorio y demás reglas procesales que organizan este tipo de procesos* (Cámara de Familia de Mendoza, 26/04/2016, T., M. A. c. S., C. s/ divorcio, DFyP 2016 [septiembre], 37 con nota de María Laura CIOLLI, LLGran Cuyo 2016 [noviembre]). ()

⁴⁷ VELOSO, Sandra, “*Reflexiones sobre El Proceso de Divorcio*”, RCCyC 2016 [abril], 99.

se dispone que “...*el divorcio... produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda...*”⁴⁸.

Por otra parte, el traslado es obligatorio para el juez por lo que el carácter contencioso resulta un imperativo legal, no es facultativo para el juzgador abrir la bilateralidad del proceso y este traslado debe ser por un término amplio, que debe ser el que corresponde al proceso ordinario que legisla el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴⁹, dado las distintas y en ocasiones, complejas cuestiones que debe contener la propuesta regulatoria.

Quizás el fundamento más fuerte del posible carácter voluntario y extracontencioso se pueda encontrar en el principio de primacía de la sentencia de divorcio del art. 438, que torna aparentemente inútil la bilateralidad, y se impone en el caso de falta de acuerdo en las propuestas de regulación de efectos. Pero este principio de primacía no podría prevalecer en el caso de interposición de una pretensión de nulidad de matrimonio que proceda, ni tampoco en un caso de litispendencia o falta de legitimación o personería.

Finalmente a nuestro entender, tampoco podría sostenerse un proceso voluntario y extracontencioso con supremacía del dictado de la sentencia en el caso en que se encuentren afectados los derechos de orden público de los niños por falta de regulación o por regulación que los perjudique en forma manifiesta, en estos casos debería suspenderse el dictado de la sentencia hasta que el juzgador haya garantizado los derechos de los vulnerables de la familia⁵⁰.

⁴⁸ SAMBRIZZI Eduardo, *Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial* Ed. La Ley Año 2017 tomo II cap.XXI pto.4.

⁴⁹ AZPIRI, Jorge O., *Derecho de familia*, 2ª ed., p. 207. Ed. Hammurabi, 2016.

⁵⁰ PITRAU, Osvaldo – MASCARO, Adriana “*El derecho del Niño a ser oído y la consideración del Interés Superior del Niño en los procesos de divorcio*” Ponencia presentada en las XVI Jornadas nacionales de Derecho Civil organizadas en la UCA, Ciudad de Buenos Aires, 1997 y en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia organizado en Mendoza en septiembre de 1998.

Nótese que a diferencia de lo propuesto, en el caso de no homologación del convenio que es perjudicial en forma manifiesta para el interés familiar.(art.438) no se suspende el dictado de la sentencia, sino que solo se faculta al juez a no homologar ese acuerdo dañino.

La naturaleza contenciosa de un proceso de divorcio resulta la más adecuada para garantizar una *función protectoria* en caso de disolución del vínculo y afectación de derechos de los hijos.

4. El Proceso de Divorcio en el Código Civil y Comercial

4.1. La petición de divorcio. Presentación de propuestas regulatorias de los efectos del divorcio

El artículo 438 establece que la petición de divorcio podrá ser unilateral o bilateral, pero no bastará la simple expresión de voluntad, sino que la norma exige a los cónyuges la presentación de una propuesta de regulación de los efectos del divorcio.

Esta denominada *petición* de divorcio acompañada por una *propuesta* de regulación de los efectos es una verdadera *demanda* en términos procesales.

En ese sentido, en esta norma se exige como requisito de admisibilidad, la presentación de una propuesta por parte del solicitante del divorcio donde se regulen los diversos efectos derivados a la ruptura. La importancia procesal del requerimiento de esta propuesta es tal, que su ausencia impide dar trámite a la petición de divorcio.

Este requerimiento es esencial y expone el interés del legislador en la regulación de los efectos del divorcio, al consagrar esta exigencia como un requisito sustancial para la prosecución del trámite. Es así que, el art.438 establece que “*la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.*”

Esta presentación obligatoria de propuestas de regulación de efectos representa un presupuesto para divorciarse que tiene una notable importancia y profundidad, y constituye un elemento vital de *protección* para los vulnerables de la familia.

Si la solicitud de divorcio fuera unilateral, el otro cónyuge también podrá presentar su propia propuesta: no queda claro en la norma

si la presentación de la propuesta por el no solicitante también será un presupuesto necesario para el trámite ya que el art. 438 parece darle una facultad en lugar de señalar un deber, cuando dice que “*el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta*”.

Sobre esta base entonces, y de acuerdo al texto legal, el cónyuge no peticionante no tendría ese requisito de admisibilidad para su presentación. Posiblemente la norma haya tenido en cuenta que en algunos casos el no solicitante puede allanarse a la propuesta del peticionante y por tanto, no tendría sentido exigirle una propuesta en forma obligatoria.

De modo tal que el requisito de admisibilidad de la propuesta regulatoria de efectos es solo para el peticionante del divorcio.

Si la presentación de divorcio fuera conjunta, ambos solicitantes podrán acompañar un *convenio regulatorio* que, de acuerdo al art.439, deberá incluir en forma imperativa las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, a la distribución de los bienes, y a las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria. Según esta norma, dicha nómina no es taxativa y podrá incluir al margen de dichos elementos obligatorios, otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Estas propuestas o convenios regulatorios son esenciales para la procedencia del trámite, y esta obligatoriedad está justificada porque es necesaria una regulación de los efectos del divorcio, en especial de las cuestiones de responsabilidad parental y alimentos de los hijos.

La exigencia como requisito de admisibilidad de estas propuestas regulatorias es un elemento que identifica a un *divorcio protectorio*, pues impide las presentaciones de divorcio que no resguardan responsablemente los derechos de los integrantes de la familia que se afectan por la disolución.

Y en este punto, si bien la presentación de la propuesta o convenio hará procedente la petición deberá indagarse la certidumbre y

eficacia de esas regulaciones de efectos, en especial cuando se encuentran en juego interés de los hijos menores de los cónyuges.

Como bien afirma Mizrahi, el enfoque de análisis del juez tiene que ser diferente en todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Y ello así, pues aquí nos introducimos en cuestiones de orden público y en el deber de los jueces de velar oficiosamente por el bienestar de los niños. *“En tal virtud, y no obstante que los cónyuges hagan mención a que están resueltas todas esas cuestiones (omitiendo acordarlas por escrito), podrá el juez libremente –si lo estima adecuado– realizar las indagaciones que estime pertinentes; e, incluso, estará dentro de sus facultades oír previamente a los hijos antes de avanzar con una decisión homologatoria”*⁵¹.

A pesar de todo lo positivo y protectorio de esta exigencia de regulación de efectos *ab initio*, la propia norma establece que dichas propuestas y convenios pierden toda esa esencialidad procesal en el caso en que no se pongan de acuerdo los presentantes.

En orden a ello, en caso de diferendo conyugal entonces, esas propuestas o convenios sobre los efectos ya no tendrán para la norma ninguna significación procesal, ni siquiera ameritan ser citadas en la sentencia, ni la norma establece que el juez pueda resolver oficiosamente algunos de esos efectos, aun cuando fueran de orden público, como las referidas a los hijos menores.

Por ello no se entiende la razón de esa exigencia inicial de admisibilidad inicial en relación con esas propuestas en la presentación, si luego desaparece esa esencialidad y las propuestas son ignoradas completamente por el juzgador ante el mero desacuerdo de los presentantes.

La causa de esa pérdida de esencialidad de las regulaciones iniciales se encuentra en el propio art.438 que establece el *principio de primacía de la sentencia de divorcio* por sobre cualquier desacuerdo

⁵¹ MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad Parental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, § 1 y ss. y 11 y ss.

de los cónyuges incluso sobre cuestiones urgentes de orden público de los hijos, cuando dice “*En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio*”.

Esa propuesta o convenio de regulación de efectos que era un requisito de admisibilidad de la demanda, ante el desacuerdo de los cónyuges, ya no será un presupuesto requerido para el dictado de la sentencia de divorcio.

En un modelo *protectorio* de divorcio, si la regulación de efectos era un requisito de procedencia inicial, también debía haberlo sido para el dictado de la sentencia, pues el fundamento que justificaba aquella exigencia, sigue estando presente ante el evento de dictar sentencia.

Esta falta de lógica del texto legal, hace perder sentido a la propia exigencia inicial, que incluso, en este contexto poco coherente, podría o debería haberse obviado⁵².

Por ello, en este contexto, la exigencia imperativa inicial de presentación de propuestas o convenios no tiene mucho sentido⁵³, y se convierte sólo en una buena intención protectoria, pero muy fácil

⁵² SOLARI, Nestor *Convenio regulador en el divorcio sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación* en LA LEY 28/10/2014 , 1 • LA LEY 2014-F , 706. Según Solari la obligación de presentar una propuesta reguladora para iniciar el juicio de divorcio como requisito de admisibilidad de la acción es inconstitucional, pues se exige que las partes traigan al procedimiento del divorcio otras cuestiones conexas al matrimonio, en contra de su voluntad, cuando en realidad lo que quieren es obtener la correspondiente disolución del matrimonio. En consecuencia, la falta o ausencia de acuerdos y propuesta reguladora cuando se pretende el divorcio, no puede obstar al seguimiento del juicio de divorcio, pues el ordenamiento jurídico permite que cualquiera de las partes pueda solicitar el divorcio vincular por su sola voluntad, sin necesidad de traer al proceso cuestiones ajenas al divorcio en sí, las que deben canalizarse por la vía y procedimiento previsto en tal sentido.

En esta lógica, la propuesta reguladora exigida por el art. 438 del CCyC, como requisito de admisibilidad de la demanda, en cuanto establece que su falta impide dar trámite al divorcio, resulta excesivo y ajeno al procedimiento judicial del divorcio. Propiciamos, entonces, la declaración de inconstitucionalidad de tal exigencia, para que los cónyuges tengan acceso al divorcio, dejando o pudiendo dejar las otras cuestiones atinentes al matrimonio para ser planteadas en las instancias y procesos pertinentes.

⁵³ En alguna oportunidad se llegó a discutir si la presentación de propuestas con los siguientes textos podían ser procedentes: “*No existe ninguna propuesta para presentar*” o “*No hay propuestas para presentar*”.

de frustrar, ya que el mero desacuerdo entre los cónyuges, le quitará todo mérito para su tratamiento, para la suspensión del proceso o la postergación de la sentencia de divorcio.

La presentación de propuestas o convenios que impone la norma no debe ser solo un requisito formal para que proceda la petición, sino que debe ser un imperativo sustancial y necesario para que el divorcio no afecte derechos de los vulnerables de la familia, y si existen derechos de orden público implicados, esa exigencia debiera mantenerse a lo largo de todo el proceso y más aún ante el desacuerdo de los cónyuges, para que sea un requisito que inste a las partes a llegar a un acuerdo sobre los efectos de la disolución, so pena de suspender el dictado de la sentencia.

4.2. Contenido de las propuestas y de los convenios regulatorios

La norma no define el contenido que deben incluir las propuestas que acompañan a la petición de divorcio, pero conceptualmente debe entenderse que se trata de una regulación de los efectos del divorcio, por lo que se podría tomarse como punto de referencia la nómina que se exige para el convenio regulatorio en el art. 439.

El art. 438 establece que con las propuestas se deben adjuntar los *elementos en que se fundan*, de modo que las regulaciones presentadas deben estar acompañadas por algún sustento.

En principio, cabe preguntarse si esa disposición se refiere a “*elementos de prueba*”. En ese sentido, se ha sostenido que estos elementos no son estrictamente elementos probatorios completos, ya que en ese caso podrían requerir de algún tipo de producción específica que no se encuentra prevista en el procedimiento del art. 438.

Sin perjuicio de ello, la norma adiciona la facultad del juzgador para “*ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes*”. Debe entenderse que el término “*otros*” se refiere a los elementos que fundan las propuestas, por lo

que el juez puede solicitar entonces mayor amplitud probatoria en relación con esas propuestas.

En el marco de la norma se supone que esta solicitud del Juez para incorporar más elementos debe tener como intención, tener más fundamentos en relación con las propuestas que permitan una mejor evaluación y de esta forma llegar más fácilmente a un acuerdo.

En otra interpretación posible, los términos “*elementos*” y “*otros*” no se referirían a los medios probatorios sino a las cuestiones regulatorias mismas que debe contener la propuesta o a factores componentes de ellas, por lo que en ese caso, el juez podría indicar que se incorpore a la propuesta alguna regulación de efectos que las partes han obviado, en especial si se trata de una cuestión de orden público. Este sería el caso de una propuesta o convenio que por ejemplo no incluyera una regulación sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, habiendo hijos menores, por lo que el juez en orden a la facultad que le otorga la ley podría pedir su incorporación a la propuesta o al convenio presentado⁵⁴.

En relación al contenido del convenio regulatorio, el art.439 enuncia en forma expresa las cuestiones que debe contener: “... *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; ...*”.

Esta nómina de regulación de efectos es imperativa (“*debe contener*”), es la base mínima de resguardo de un convenio y pensamos que debe ser también el contenido mínimo de las *propuestas* presentadas con la petición de divorcio.

⁵⁴ Ver en el mismo sentido, MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal en LA LEY 2017-D , 1071 y ss.* “ *Por excepción, no corresponderá que se cierre parcialmente el procedimiento voluntario si los elementos que el juez dispone que se agreguen al expediente se refieren a asuntos vinculados a la responsabilidad parental, en la que podrían quedar afectados los intereses de niños; en el caso, los hijos menores de ese grupo familiar. En esas particulares situaciones, y como está de por medio el orden público, con total amplitud el juez estará facultado a ordenar las disposiciones coercitivas que estime oportunas. Es que aquí el principio de la protección especial a los niños habilita a desplazar otras consideraciones.*”

Como puede observarse, varias de las cuestiones enunciadas en el art. 439 son de orden público y deben estar incorporadas al convenio como un contenido mínimo del acuerdo, sin embargo, este listado no es taxativo y los cónyuges podrán incluir otros temas de interés que no se encuentren en esta nómina.

La inclusión obligatoria de estas cuestiones en las propuestas o en el convenio, es un elemento propio de un *divorcio protectorio*, ya que muestra el interés del legislador por una regulación temprana y completa de los efectos del divorcio.

4.3. El traslado y la contestación de la petición y de las propuestas

Si el divorcio hubiera sido peticionado por uno solo de los cónyuges, se le debe correr traslado al otro esposo por un término que estimamos debe ser amplio, y nos parece razonable el que corresponde al proceso ordinario que legisla el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁵⁵ dado las complejas cuestiones que debe contener la propuesta regulatoria.

Como bien señala Sambrizzi, el cónyuge demandado puede oponer excepciones tales como incompetencia de jurisdicción o falta de personería en el apoderado del actor o cuando la actora tuviera restringida la capacidad para actuar en juicio; como también la excepción de falta de legitimación para demandar (por ejemplo, si el matrimonio hubiera sido anulado), o defecto legal. También puede oponerse la excepción de litispendencia, o inclusive de cosa juzgada, como puede ocurrir, por ejemplo, si ya hay una sentencia firme de divorcio bajo el régimen del Código Civil, y el demandante pretende una nueva sentencia de acuerdo con el nuevo Código⁵⁶.

Se ha afirmado, asimismo, que el demandado también puede re-

⁵⁵ AZPIRI, Jorge O., Derecho de familia, cit., 2ª ed., p. 207. Ed. Hammurabi.

⁵⁶ SAMBRIZZI, Eduardo *Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial* Ed. La Ley Año 2017 tomo II cap.XXI pto.4.

convenir por nulidad de matrimonio, no pudiendo resolverse el divorcio hasta que no sea resuelta la nulidad⁵⁷.

Al contestar ese traslado, el cónyuge demandado puede prestar conformidad con la totalidad o sólo con una parte de la propuesta reguladora acompañada por el demandante, pero la aceptación parcial debe serlo con respecto a cuestiones que pueden ser resueltas en forma aislada e independiente de aquellas no aceptadas.

Como antes se ha indicado, el demandado también puede presentar una propuesta distinta a la del actor o, simplemente, no decir nada. Este silencio ante la petición o ante las propuestas carece de relevancia para el proceso ya que la no contestación en ningún caso enervaría el dictado de la sentencia, ni traería aparejada la aceptación o conformidad con la propuesta de la actora⁵⁸.

Para Sambrizzi, si bien nada establece el Código al respecto, bien puede pensarse que la incontestación del traslado que se le corre al cónyuge demandado por divorcio de la propuesta reguladora (además también de la petición de divorcio), debería tener algún efecto. Según este autor es llamativo que dicha omisión carezca total y absolutamente de relevancia, preguntándose para qué se establece un procedimiento que puede o no cumplirse, según se le ocurra al accionado⁵⁹.

En este punto del proceso, si el demandado presentara una propuesta distinta, entendemos que debería dársele traslado al esposo que inició la acción⁶⁰, con lo que se produciría una oportunidad de

⁵⁷ BASSET, Úrsula C., *Código Civil y Comercial Comentado*, t. III, ps. 168 y ss. Ed. La Ley, 2016

⁵⁸ KIELMANOVICH, Jorge L., “Algo más acerca de la petición unilateral de divorcio”, en LA LEY, 25/9/2015; y “El nuevo proceso de divorcio”, en LA LEY, 30/3/2016.)

⁵⁹ SAMBRIZZI, Eduardo *Matrimonio y Divorcio en el Código Civil y Comercial* Ed. La Ley Año 2017 tomo II cap.XXI pto.4. En este sentido entonces, el actor podría presentar una propuesta total y absolutamente inaceptable, sólo para cumplir con dicho requisito, que es considerado como obligatorio para que pueda darse trámite a la petición de divorcio. En ese supuesto, para Sambrizzi, deberíamos pensar que el procedimiento establecido por el Código en el art. 438 es una especie de parodia, que puede o no cumplirse a voluntad de las partes, lo que significaría que debe tenerse por no escrito.

⁶⁰ KIELMANOVICH, Jorge L., “El nuevo proceso de divorcio”, LA LEY, 30/3/2016.

ponerse ambos de acuerdo con relación ya sea a todos o al menos a una parte de los contenidos de la propuesta.

En este orden de ideas, el traslado de la demanda de divorcio y de las propuestas resulta un requisito esencial en el caso de petición unilateral. Y este pareciera ser el criterio del legislador como muy bien lo destaca Sambrizzi, ya que la Ley 26.994 exige la “vista por tres días” al cónyuge cuando el otro solicita unilateralmente la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, de modo que sería un contrasentido que se requiera un traslado previo para obtener la conversión referida y no para solicitar directamente el divorcio⁶¹.

El traslado y posibilidad de contestación de la petición y de la propuestas es un acto procesal esencial para asegurar la bilateralidad, la defensa en juicio, el debido proceso y la protección de los derechos de los vulnerables de la familia, por ello es un error que este traslado y la eventual contestación se produzcan en oportunidad de la audiencia del art. 438, pues se desvirtuaría su función.

En cuanto al traslado en sí mismo, debe reunir los requisitos procesales propios de la normativa ritual enunciados en los art. 339 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 338 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

A partir de una muy interesante investigación realizada por Sandra Veloso sobre la práctica judicial puede observarse una falta de homogeneidad en la cantidad de días que conforman el plazo concedido para el traslado del art. 438⁶².

⁶¹ SAMBRIZZI, Eduardo *Matrimonio y Divorcio* en el Código Civil y Comercial Ed. La Ley Año 2017 tomo II cap.XXI pto.4.

⁶² VELOSO, Sandra, “*Reflexiones sobre El Proceso de Divorcio*”, RCCyC 2016 [abril], 99. Esta autora da cuenta que en los juzgados nacionales de familia la mayoría de ellos optó por correr vista por quince días de la petición de divorcio y de la propuesta reguladora, mientras una minoría de juzgados varían entre 5 y 15 días dependiendo de la complejidad que la causa presente.

En la provincia de Buenos Aires el criterio también está dividido, un grupo de juzgados dan traslado por cinco días, otro grupo lo hace por diez días, un tercer grupo opta por dar traslado por cinco días si no hay ningún contenido en la propuesta y 10 si la hay.

4.4. *El Principio de libre autonomía de la voluntad y la falta de acuerdo entre los cónyuges*

Si los cónyuges no están de acuerdo en la regulación de efectos, el proceso de divorcio no se ocupará de resguardar esas cuestiones y todo se derivará a juicios futuros ajenos al divorcio desde el punto de vista procesal.

El principio de libre autonomía de la voluntad de las partes, con la reforma del código ha logrado un gran avance permitiendo a los cónyuges plantear un divorcio de estricto perfil matrimonial desligado de responsabilidades familiares.

Este principio de libre voluntad de los cónyuges queda resaltado en un modelo de divorcio matrimonialista, con un supuesto proceso judicial extracontencioso de simple petición unilateral desprovisto de causales y culpas, que ha sido destacado como algo muy positivo en los Fundamentos de la reforma⁶³.

Y esa libre voluntad de los cónyuges también se expresa claramente a través del desacuerdo en la regulación de los efectos.

Desde este punto de vista, los cónyuges tienen la libre voluntad de elegir no regular los efectos del divorcio durante el proceso, y basta para ello que exista disenso en las propuestas que cada uno de ellos acompaña.

Todo lo protectorio de la reforma del proceso de divorcio que venimos destacando se desactiva con el mero desacuerdo de los cónyuges de modo tal que, la exigencia de propuestas como requisito para la procedencia de la petición pierde virtualidad y hasta la audiencia

En otros juzgados existen otras fórmulas: a) dar el trámite de etapa previa y luego correr traslado por cinco o por diez días; b) fijar la audiencia y correr traslado –sin plazo– para que lo conteste en la audiencia y allí se debata la contrapropuesta si la hubiere oportunidad en la que se noticia la actora; d) con la presentación unilateral llaman autos para sentencia, respecto a la propuesta forman por separado expedientes de acuerdo a la materia y no fijan audiencia.

⁶³ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

del art. 438 se torna innecesaria, ya que aun sin consensos regulatorios, la sentencia se dictaría de todos modos.

La fuerza de la *libre autonomía personal* se combina con el otro elemento central del proceso de divorcio vigente, que es el *principio de primacía de la sentencia* y entonces se hará inevitable el acto de disolución, relegando a un futuro el resguardo de los vulnerables de la familia.

Si los cónyuges han decidido, en ejercicio de su libre autonomía, pedir el divorcio, pero no ponerse de acuerdo en la regulación de los efectos, esto es lo que fatalmente ocurrirá, aun cuando se vean afectados derechos de los hijos menores.

4.5. La audiencia del art. 438

La existencia de esta audiencia se relaciona directamente con el análisis y valoración de las propuestas de regulación de efectos: “*Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia*”.(art.438)

De este texto legal surge claramente que se trata de una audiencia de convocatoria imperativa para el juez (“*debiendo convocar...*”).

La ley en primer lugar manda al juez a evaluar las propuestas y luego de ello le ordena convocar a la audiencia.

En este sentido, el juez primariamente deberá analizar la coincidencia de propuestas, y en el caso que sean concordantes, se abrirá el camino hacia un convenio regulatorio.

Si las propuestas no son coincidentes, según una interpretación vinculada a un proceso no protectorio, el Juez podría descartarlas, convocar a la audiencia para comunicar esa disidencia, e inmediatamente dictar la sentencia.

Una segunda posibilidad en el caso de propuestas diferentes, sería convocar a la audiencia para informar la divergencia y a la vez inten-

tar un acercamiento entre los cónyuges, con el objetivo de conformar un convenio regulatorio.

Como puede observarse este segundo camino sería el adecuado en el marco de un divorcio *protectorio* de los vulnerables de la familia.

Sin embargo, para alguna postura doctrinaria y cierta práctica judicial la audiencia sería la oportunidad procesal para contestar el traslado de la petición y de las propuestas del actor, de modo tal que en este contexto, el juzgador no va a poder conocer, ni evaluar la concordancia o disidencia de propuestas en forma previa al encuentro, pues la demandada va a presentar su eventual propuesta en la audiencia misma⁶⁴.

Esta idea de contestación de traslado en la propia audiencia desvirtúa su función y no se encuadra en el art. 438, que en principio manda evaluar las propuestas y luego convocar a una audiencia, en una secuencia temporal que exige una eventual presentación de propuestas por ambas partes siempre en forma previa a la audiencia, para que el juzgador pueda analizarlas.

Por ello, la cuestión se plantea en relación con la función de esta audiencia: si solo es un encuentro para comunicar el acuerdo o desacuerdo de propuestas, si es el momento de contestar demanda o si por el contrario, es una oportunidad para que el juez que ha evaluado las propuestas, intente que los cónyuges lleguen a conformar un convenio regulatorio.

En ese sentido entonces, la audiencia podría eventualmente tener una *función informativa*, vinculada con la comunicación del acuerdo o desacuerdo sobre las propuestas, una función *defensista* donde se contesta la petición de divorcio y las propuestas del actor eventualmente presentando las propias, o una *función mediadora y protecto-*

⁶⁴ VELOSO, Sandra, “Reflexiones sobre El Proceso de Divorcio”, RCCyC 2016 [abril], 99. De esta práctica judicial da cuenta una muy interesante investigación que realizó esta autora en este trabajo y que se cita en la nota n° 60.

ria donde el juzgador intentará que esas propuestas que ha evaluado puedan acercarse y llegar a un convenio regulador.

Esta centralidad procesal de la audiencia, cualquiera sea la postura sobre su función, confronta con la práctica judicial de muchos juzgados que directamente no la convocan si existen disidencias en las propuestas, interpretando que la finalidad de la audiencia no es la de acercar a las partes con vistas a un convenio regulatorio⁶⁵.

Para la posición que sustenta una función meramente informativa de la audiencia, su realización efectiva puede entonces ser innecesaria, ya que si los cónyuges no están de acuerdo sobre las propuestas, esto ya se conoce en el expediente y se dictará de todos modos la sentencia y si, por el contrario hay coincidencia en las regulaciones esto también se sabe a partir de los autos, por lo que tampoco tendría mucho sentido la audiencia, ya que, salvo que sean acuerdos perjudiciales para la familia, el juez sentenciará homologando los acuerdos.

Por el contrario, pensamos que es precisamente en el caso de desacuerdo cuando la audiencia resulta mucho más útil y necesaria, ya que sería un encuentro apropiado para acercar a las partes.

Asimismo, en muchos casos de falta de coincidencia, no existe un acuerdo completo, sobre todos los puntos de regulación, pero pueden existir coincidencias en algunos aspectos, por ello, en este caso pensamos que la audiencia puede ser la oportunidad propicia para evaluar esa situación.

Y por otra parte, aun en los casos en que la coincidencia de propuestas parezca completa, la audiencia puede servir para establecer un convenio regulatorio con regulaciones más operativas y protectorias, como por ejemplo puede ser la incorporación de garantías de cumplimiento del convenio.

Por todo ello, se puede considerar que la audiencia posee entonces dos funciones, una *informativa* y otra *mediatoria y protectoria*.

⁶⁵ VELOSO, Sandra, “Reflexiones sobre El Proceso de Divorcio”, RCCyC 2016 [abril], 99. Esta autora en la mencionada investigación de la nota 56 da cuenta de la práctica judicial de no convocar audiencia.

En este marco, si el Juez evalúa las propuestas y observa que no existen coincidencias, la audiencia se tendría que convocar de todos modos, a los efectos de comunicar esas diferencias, verificar que estas disidencias no pueden resolverse e intentar un acercamiento entre los cónyuges.

Ahora bien, si esas diferencias en la regulación de efectos no pueden solucionarse en la audiencia, el juez debe actuar en forma *protectoria* en relación con los vulnerables de la familia.

En el camino lógico de un *divorcio protectorio*, si en esta audiencia no se logra coincidencia sobre los aspectos relativos a los hijos menores, de la propia audiencia debieran surgir las medidas regulatorias y cautelares de oficio que solucionen esa falencia⁶⁶.

En esta audiencia, el juez tendrá los autos con las propuestas y convenios sobre la mesa, de modo que no puede ignorar las cuestiones de orden público en juego, ni postergarlas para oportunidades procesales futuras e inciertas, debería resolverlas con o sin el consenso de los cónyuges.

Sin embargo, a pesar de estas potenciales funciones de mediación y protección, la audiencia pierde sentido frente a la fuerte primacía del dictado de la sentencia de divorcio, ya que se encuentren o no coincidencias de propuestas, la disolución se dictará de todos modos. Es por ello, que en la práctica procesal esta audiencia va desapareciendo a pesar de su obligatoriedad.

Si esta audiencia es solo un encuentro para verificar el grado de coincidencia en las propuestas, no llama la atención entonces que muchos de los juzgados ya no la convoquen, porque esas disidencias ya surgen del expediente, por lo que no se observa necesario un encuentro especial para comprobarlo.

La no convocatoria a la audiencia afecta la garantía constitucional del debido proceso, especialmente si han quedado sin regulación los

⁶⁶ PITRAU, Osvaldo *La necesidad y finalidad de la audiencia de divorcio del art. 438 del Código Civil y Comercial* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 150 - 27.04.2018 en www.DPIcuantico.com

derechos de los hijos del matrimonio. Esta falencia constitucional se encuentra agravada por la propia norma que establece que, ante la mera disidencia en las propuestas de las partes, el juez derivará las regulaciones faltantes a procesos futuros específicos.

Tal como ocurre con la exigencia inicial de adjuntar las propuestas a la petición de divorcio, la obligatoriedad legal de la audiencia parece desaparecer y ceder ante el principio de desacuerdo entre las partes y la primacía del dictado de la sentencia de divorcio.

En un buen análisis, Mizrahi sostiene que la audiencia que determina la ley únicamente podrá ser obviada, procediendo directamente el juez a la homologación de lo convenido, cuando se reúnen tres condiciones. La primera, que medie acuerdo de los cónyuges en la totalidad de los efectos del divorcio. La segunda, que la propuesta de convenio regulador no perjudica de modo manifiesto a los integrantes del grupo familiar (art. 438, último párrafo). Y la tercera, que no existan niños involucrados. De existir hijos menores, diríamos que en principio el tribunal deberá citarlos para escucharlos; salvo que por las circunstancias que rodeen al grupo familiar, y la naturaleza de lo acordado en materia de responsabilidad parental, se torne injustificado o inconveniente hacer comparecer a dichos hijos⁶⁷.

Por el contrario, en el caso de verificarse desacuerdos en todos o algunos de los puntos, y en tanto el juez advierta conflictividad en lo que hace al ejercicio de la responsabilidad parental, o si considera que alguna cuestión específica es susceptible de causar perjuicios severos a alguno de los cónyuges o a los hijos, la convocatoria a la audiencia será inevitable y allí el juez desempeñará un rol muy activo, desplegando una actuación relevante para lograr una conciliación adecuada que contemple debidamente todos los intereses en juego⁶⁸.

⁶⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, § 11 y ss.
Ver también MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* en LA LEY 2017-D , 1071 y ss.

⁶⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* en LA LEY 2017-D , 1071 y ss.

Finalmente, la audiencia podría reiterarse si el Juez considera que es necesario hacerlo para llegar a un acuerdo, por ello quizás resulte indispensable más de una convocatoria en la importante búsqueda de la autocomposición⁶⁹.

La pluralidad de convocatorias a audiencia de divorcio es una importante medida de tipo *protectoria*, ya que virtualmente el Juez detiene el proceso de divorcio en la búsqueda de consensos sobre la regulación de efectos, en resguardo de los derechos de los hijos menores o del cónyuge más débil.

4.6. El principio de primacía de la sentencia de divorcio

La esencialidad de la propuesta regulatoria en la solicitud de inicio, así como la mencionada audiencia obligatoria de evaluación de propuestas y de búsqueda de acuerdos, son dos elementos procesales propios de un *divorcio protectorio*.

El legislador al incluir estos dos institutos procesales tuvo la voluntad de resguardar vulnerabilidades, sin embargo, al otorgar amplios efectos al desacuerdo entre los cónyuges e introducir el *principio de primacía del dictado de la sentencia* se genera una contradicción y allí es donde la regulación de divorcio planteada en la norma expone una dificultad estructural.

Un divorcio mínimamente protectorio requeriría que se mantenga la esencialidad de las propuestas como requisito de prosecución del trámite durante *todo* el proceso hasta su *inclusión en la sentencia* y sumar a ello la obligatoriedad efectiva de la audiencia, que es una exigencia constitucional del debido proceso.

El principio de primacía de la sentencia establece que nada puede evitar el dictado de la sentencia de divorcio, de modo que aun cuando no se encuentren regulados los efectos en relación con los

⁶⁹ MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* en LA LEY 2017-D , 1071 y ss.

niños, la sentencia tendrá lugar de todos modos. El desacuerdo de los cónyuges desactiva entonces el esquema protectorio establecido con la propuesta como requisito de admisibilidad de la petición y con la audiencia obligatoria de fin protectorio.

En el escenario de una sentencia inevitable, la norma no establece una solución a la falta de regulación de los efectos del divorcio, solo indica que dichas cuestiones se tratarán en juicios futuros, afirmación en principio innecesaria pues va de suyo que si existen derechos afectados, esos juicios en algún momento se producirán, aunque la norma no lo hubiera establecido.

La existencia de ese texto de derivación de acuerdos a juicios futuros, atento su carácter innecesario, debemos entender que se ha incluido específicamente para reafirmar el principio de primacía de la sentencia.

En el marco de un modelo de juicio de divorcio protectorio, la cláusula de primacía del dictado de la sentencia no debiera aplicarse en los casos de existencia de hijos menores y falta de regulación de las cuestiones vinculadas a la responsabilidad parental.

4.7. La derivación de las cuestiones pendientes del divorcio

Una de las principales cuestiones de falencia de constitucionalidad que padece el proceso de divorcio surge del propio principio de primacía de la sentencia.

El último párrafo del art.438 dice: *“Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local”*.

En esta norma queda claro que si existe desacuerdo sobre la regulación de los efectos del divorcio, esas cuestiones quedarán pendientes y deberán ser resueltas en un futuro incierto y de acuerdo,

en algunos casos, a normas procesales civiles, aun inexistentes, que establecerá la ley local.

Las graves consecuencias que tiene la aplicación estricta de esta norma colocan al proceso de divorcio en situación de inconstitucionalidad, ya que entre las cuestiones “*pendientes*” que deja de tratar el juez pueden encontrarse la cobertura de las necesidades asistenciales de un niño o su régimen de cuidado personal y comunicación parental.

Estas obligaciones parentales están protegidas por otras normas de orden público y de jerarquía constitucional que establecen el principio de *interés superior del niño*, y que le otorgarían primacía a estos derechos del niño sobre el propio derecho a divorciarse de los progenitores.

Por ello, el mecanismo de primacía de la sentencia es inconstitucional, ya que por su intermedio se puede resolver la disolución del vínculo matrimonial y de la comunidad de gananciales, sin que se hayan cubierto las necesidades de los hijos menores, que son de orden público y poseen una jerarquía de orden superior al interés de los cónyuges⁷⁰.

La afectación surge claramente de varios aspectos, en especial de la consolidación de la separación de los progenitores que directamente impacta sobre el derecho de coparentalidad y el cuidado compartido de los hijos, establecido como regla por el propio código, pero también sobre su derecho de asistencia alimentaria, en especial, porque el divorcio usualmente significa la extinción del régimen de bienes del matrimonio, que poseen normas patrimoniales imperativas protectorias del hogar y de los hijos⁷¹.

⁷⁰ PITRAU, Osvaldo *El interés inferior del niño en la separación y divorcio de sus progenitores* en Diario Familia y Sucesiones Nro 114 - 09.06.2017 en www.DPIcuantico.com y PITRAU, Osvaldo *La necesidad y finalidad de la audiencia de divorcio del art. 438 del Código Civil y Comercial* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 150 - 27.04.2018 en www.DPIcuantico.com

⁷¹ PITRAU, Osvaldo *El deber de contribución solidaria conyugal* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 157 - 29.06.2018 en www.DPIcuantico.com.

En un contexto de alta vulnerabilidad como el que pueden padecer los hijos menores en relación con el divorcio de sus progenitores, cabe preguntarse si se aplica aquí el principio del Interés Superior del Niño, en forma prevalente al interés de los cónyuges en obtener la disolución vincular o si esa jerarquía preferente que tienen los Derechos del Niño es solo una ilusión impracticable⁷².

Este caso de afectación ocurriría en el caso en que los cónyuges que se divorcian no han previsto en forma previa una regulación formal de las cuestiones parentales y ahora se ven obligados por la propia norma a presentar propuestas que acompañen la petición.

En este punto, cabe destacar que en el art. 721 se han previsto medidas cautelares de remedio de esas vulnerabilidades latentes, pero estas medidas no son parte obligatoria del proceso, sino que sólo aparecen a pedido de las partes y como una posibilidad para el juez, tal como lo veremos más adelante.

En el marco de un *divorcio de tipo protectorio*, estas medidas precautorias debieran ser imperativas y oficiosas, en el caso de falta de regulación de efectos por parte de los progenitores en relación con sus hijos menores.

4.8. El convenio regulatorio con perjuicio manifiesto para el interés familiar

Otro aspecto llamativo de desprotección de este art.438 queda expuesto en la frase que establece que quedarán las cuestiones pendientes para el futuro “*si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar*”.

En este curioso texto, la propia ley admite la posibilidad de una presentación en autos de propuestas o convenios de los cónyuges que perjudiquen en forma manifiesta a los integrantes de la familia.

⁷² PITRAU, Osvaldo *El interés inferior del niño en la separación y divorcio de sus progenitores* en Diario Familia y Sucesiones Nro 114 - 09.06.2017 en www.DPIcuantico.com

En un primer análisis puede aparecer como una norma positiva pues parece otorgar al Juez la facultad de no homologar un acuerdo perjudicial al interés familiar.

Sin embargo, esa potestad que parece conceder la norma al juez para no avalar un acuerdo negativo, ya se encuentra ínsita en su propia facultad para homologar, de no aceptar esto tendríamos que entender que el Juez está obligado siempre a otorgar la homologación y esto no es así: se supone que sólo lo debe hacer si entiende que el acuerdo es justo.

La homologación de un convenio nunca es obligatoria para el Juez, pues éste siempre tiene la facultad de no avalar lo acordado. Por ello, si la intención del legislador fue otorgar al Juzgador la facultad de no homologar un convenio manifiestamente perjudicial, esta norma sería innecesaria.

A partir de esta aclaración, el texto legal además genera muchas dudas, ya que la existencia misma de un convenio que perjudique los intereses de los hijos o del grupo familiar en forma manifiesta, sería desde ya algo sumamente preocupante, en especial si forma parte de los autos.

En segundo lugar, la propia norma debiera haber indicado al juez que debe tomar medidas precautorias inmediatas para impedir o mitigar ese perjuicio manifiesto expone el convenio. Pero esta no ha sido la decisión del legislador, que solo le indica al Juez que no homologue, algo que era innecesario, y muy lejos de resolver algo precautoriamente, le ordena derivar todo a juicios futuros.

Asimismo, resulta llamativa e inusual la alusión a un perjuicio *manifiesto*, ya que ese carácter de afectación implicaría que surge en forma tan explícita que no necesitaría prueba alguna.

De modo tal que, lo que queda de este texto son dos cuestiones: la enunciación legal de un posible convenio muy perjudicial para algunos integrantes de la familia, y la falta total de respuesta de la norma frente a esta situación de vulnerabilidad latente.

Por ello, si se tratara de convenio que generara un perjuicio manifiesto para los hijos, la propia norma debiera señalar un remedio para dicho perjuicio, ya que la sola no homologación del convenio no alcanza para resguardar al vulnerable.

Finalmente, luego de la no homologación y el dictado de la sentencia, la derivación hacia juicios futuros de esos temas que fueron planteados en forma manifiestamente perjudicial en el convenio, puede configurar o agravar un cuadro de vulnerabilidad inquietante.

4.9. Garantías de cumplimiento del convenio

El juez puede condicionar la homologación de los convenios regulatorios a que uno de los cónyuges otorgue determinadas garantías de cumplimiento. Así, el art. 440 prescribe que “*El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio*”. En consecuencia de ello, si el Juzgador lo exige, no habrá homologación, ni eficacia alguna de lo acordado, si estas garantías no son prestadas.

Este es un aspecto muy importante de la norma, ya que se dirige a proteger a los beneficiarios de ese convenio que, en el caso de los hijos menores son personas vulnerables.

En este punto cabe destacar que, esta norma sería aún más valiosa, si esta exigencia hubiera sido imperativa para el juez, y no solo planteada como una facultad que, por otra parte, él ya posee para disponer medidas para mejor proveer en cualquier etapa del proceso.

Resulta llamativo que esta valiosa condición que se impone para la homologación de los convenios del divorcio, no se establezca también como una exigencia para la homologación de los planes de parentalidad presentados en los juicios de cuidado personal, siendo que el objeto de regulación de ambos acuerdos puede ser exactamente el mismo.

En ese sentido, hemos propuesto que esta norma que exige garantías en los convenios de divorcio, se pueda aplicar en forma extensiva a la homologación de los planes de parentalidad del art. 655⁷³.

Como luego veremos, en sentido recíproco, algunas de las disposiciones y consideraciones propias de los planes de parentalidad también podrían aplicarse extensivamente a los convenios regulatorios del divorcio cuando su contenido se refiere a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental.

4.10. Las medidas cautelares de los Art. 721 y 722

En los arts. 721 y 722 se ha previsto la adopción de medidas provisionales durante el juicio de divorcio para regular importantes cuestiones que son efectos de la disolución matrimonial.

En ese sentido, el artículo 721 establece: “*Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso*”.

Y a continuación enuncia posibles medidas protectorias: “*...Puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges; c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro; e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433*”.

⁷³ PITRAU, Osvaldo *La exigencia de garantías en la obligación de alimentos para los hijos* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 97 – 23.12.2016 en www.DPIcuantico.com.

Cabe resaltar que, el juez del divorcio podría, en uso de sus facultades, dictar medidas precautorias en protección de los hijos menores y establecer un régimen primario de cuidado personal y alimentos, sin utilizar esta norma específica, sin embargo, la existencia de este artículo es fundamental para visibilizar un medio procesal específico que resuelve, durante el juicio de divorcio, una problemática que resulta de difícil solución sin la ayuda inmediata del juez.

La mayor importancia de esta norma es que sitúa estas medidas antes o durante el juicio de divorcio, por ello es una disposición fundamental para entender y pretender la regulación de un divorcio con un proceso de tipo protectorio.

La señal de la ley en este caso es muy valiosa, ya que sin perjuicio de la celeridad y simplicidad del proceso de disolución del vínculo matrimonial, el art. 721, nos dice que aun en medio de esa veloz carrera hacia la sentencia de divorcio, puede ocurrir que se dicten medidas precautorias que protejan a los vulnerables de la familia.

La mala práctica judicial de no convocar a la audiencia del art. 438, se enmarca en la tendencia a dictar la sentencia de divorcio y concluir el juicio en forma acelerada, y esto en muchos casos, contradice la dignidad del hijo como sujeto de derecho vulnerable que merece que sus intereses sean respetados por los progenitores que se divorcian. Esta afectación también incluye en muchos casos a unos de los cónyuges que puede encontrarse en situación de vulnerabilidad.

Por ello el dictado de estas medidas protege a esos vulnerables y morigera los efectos adversos de la incierta derivación a juicios futuros de las principales y más urgentes cuestiones derivadas del divorcio del art. 438.

En orden a ello, este art. 721 debería ser utilizado durante el juicio de divorcio por el progenitor que representa a los hijos o por el abogado de los niños, en todos los casos de desacuerdo en las propuestas

regulatorias respecto del cuidado personal y de los alimentos que les corresponden.

De modo tal que, en el supuesto en que haya ausencia de un acuerdo regulatorio por los cónyuges, a nuestro juicio es indispensable que, en la audiencia del art. 438 o fuera de ella cuando ésta no se convoque, el juez establezca de oficio o a pedido de parte, las medidas provisionales previstas en el mencionado art. 721 para regular las relaciones personales entre progenitores y los hijos, disponiendo en forma inmediata y precautoria un régimen de alimentos y cuidado de los hijos que permita que sus derechos se encuentren debidamente asegurados.

Por ello, esa audiencia que la norma establece como obligatoria, no debería dejar de convocarse, para convertirse en el ámbito que aprovechen los jueces y el ministerio público para tomar nota del desacuerdo de los peticionantes, pero fundamentalmente para decidir las medidas cautelares que el orden público exige para asegurar los derechos de los hijos.

Un mejoramiento del proceso de divorcio hacia un modelo protectorio requeriría que estas medidas se dicten de *oficio* y sean *imperativas* para el juez, en el caso de existencia de hijos menores y desacuerdo en las propuestas de regulación de los efectos vinculados a la responsabilidad parental.

Para cierta parte de la doctrina que postula un proceso precontencioso o extracontencioso de divorcio la importancia de este art.721 no pasa inadvertida. Si bien desde esta posición se sostiene que el proceso de divorcio es voluntario y está orientado a la autocomposición y a lograr una solución pacífica de los conflictos familiares, con una activa participación del juez, se aclara sin embargo, que esa búsqueda de acuerdos y la disminución de la litigiosidad no puede conducir a que se ocasionen daños al grupo familiar o se perjudique severamente en particular a alguno de sus miembros. En este punto, destacan el dictado de las medidas provisionales de los arts. 721 y

722, que, de todos modos, no deberían de ningún modo entorpecer el desarrollo del proceso extracontencioso instaurado por el art. 438 del Código⁷⁴.

El dictado de estas medidas aun en forma oficiosa, no significará necesariamente una detención del proceso, ni impedirá el principio de primacía de la sentencia, pero sin dudas aliviará los efectos de la derivación a juicios futuros e inciertos del tratamiento de los efectos del divorcio relativos a los hijos.

III. Los derechos de los hijos en el divorcio

1. El divorcio y los vulnerables de la familia

En el marco del proceso de divorcio que hemos analizado, varios integrantes del grupo familiar pueden verse afectados por la disolución conyugal.

En primer lugar entre los afectados, debemos ubicar a los hijos menores de los divorciados, pero no podemos ignorar que en muchos casos, uno de los cónyuges también queda en una situación muy vulnerable luego del divorcio. Así también, otros familiares pueden verse perjudicados por esa disolución, tal el caso de abuelos, hermanos o hijos afines, que quizás se encontraban en el hogar conyugal. Todos ellos sufrirán ante este proceso que termina con el vínculo matrimonial, pero no suprime a una familia, que seguirá existiendo bajo otra forma.

En este capítulo vamos a dedicarnos a los efectos del divorcio relacionados con la responsabilidad parental, para un futuro estudio quedará la interesante regulación *protectoria del cónyuge débil* del divorcio que incorpora el Código Civil y Comercial a partir de la compensación económica y de la protección de vivienda.

⁷⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis *El divorcio, sus efectos y el trámite procesal* en LA LEY 2017-D , 1071 y ss.

2. La falta de Integración normativa del régimen de divorcio con el derecho de familia, con la responsabilidad parental y con los derechos de los niños

El proceso de divorcio del Código Civil y Comercial parece en principio, tener presente la existencia de derechos de los hijos menores del matrimonio que se disuelve, en la medida que exige como requisito de admisión de la petición, la presentación de propuestas que regulen los efectos vinculados a la responsabilidad parental.

En este sentido, acertadamente se establece en el art. 439 que *“El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas...al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria;...”*. Esta norma es muy positiva porque esta regulación de efectos relativos a los hijos menores aparece como una exigencia de la ley (...*“debe contener”*...).

Sin embargo, hemos visto que esta intención protectoria primaria de la norma consistente en requerir esas propuestas y convenios, pierde toda relevancia con el mero desacuerdo de los cónyuges, y cede ante el principio de primacía de la sentencia y a la norma de derivación de las regulaciones de efectos hacia juicios futuros.

También hemos analizado que la audiencia obligatoria, que podría ser un espacio apto para resolver los desacuerdos sobre esas regulaciones de efectos, no se convoca o se convierte en un breve encuentro de notificación de la falta de acuerdo.

Sumado a ello, en el actual sistema se observa que los hijos no son parte del juicio de divorcio, ni son oídos o escuchados en el proceso, pero además, en el proceso, la autonomía de voluntad de los cónyuges y el principio de primacía de la sentencia se encuentran por encima del interés superior del niño y entonces de acuerdo a la ley, puede dictarse una sentencia de divorcio sin que se encuentren asegurados los derechos de cuidado personal o alimentos de los hijos de la familia.

Sobre la base de lo anterior, se puede concluir que el problema central de este modelo de divorcio, es su falta de integración con el derecho de familia.

El divorcio se sigue planteando como un juicio entre dos personas, soslayando la afectación de derechos que se produce sobre el resto de los integrantes de grupo familiar y en particular, respecto de los hijos menores.

Pero asimismo, la regulación de divorcio padece de una desconexión específica con la normativa de la responsabilidad parental: los cónyuges que son progenitores de hijos menores, durante el juicio de divorcio, parecen no serlo. Si bien es cierto que se trata de disolver un vínculo matrimonial, no el filial, no se puede ignorar que esa disolución del vínculo conyugal tiene consecuencias directas sobre el vínculo filial y el ejercicio de la responsabilidad parental.

Así lo reconoce la Observación n° 12 de 2009 del Comité de ONU de aplicación e interpretación de la Convención de los derechos del niño cuando en los párrafos N° 51-52 dice al respecto que *“En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al “interés superior del niño...”*⁷⁵

Nuestro proceso de divorcio no se encuentra coordinado legislativamente con el derecho familiar, ya que parece ignorar los derechos de los niños, el interés superior del niño, el derecho a ser oído, el derecho a tener asistencia letrada y muchos otros, que se encuentran consagrados en leyes vigentes como el propio Código Civil y Comercial, la Ley 26.061, pero fundamentalmente en la Constitución Nacional, que es donde se ha incorporado a la Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁵ ONU- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO Observación General N°12 año 2009, párrafos 51-52, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm.

Por el contrario, como ya lo hemos destacado, el nuevo proceso de divorcio se observa dispuesto a promover el avance de la autonomía de la voluntad individual en el ámbito del derecho de familia, algo notoriamente contradictorio, porque se trata de una disciplina jurídica que tiene como objeto de regulación a un grupo de personas, que en la mayoría de los casos trasciende al integrante individual que tiene un vínculo matrimonial.

En conclusión, en nuestra normativa sobre divorcio, los cónyuges no parecen ser progenitores, ni sus hijos menores serían sujetos de derecho, sólo existe un vínculo matrimonial que hay que disolver, y solo interesa satisfacer un interés particular individual. Y es por ello que, las propuestas de regulación iniciales pierden toda importancia con el mero desacuerdo.

Con la sola excepción de algunas normas aisladas como las medidas provisionales del art. 721 y 722, la compensación económica y la protección de vivienda, en el Código no aparece una familia protegida jurídicamente ante el divorcio, las potenciales normas de contención del artículo 438 quedan totalmente desactivadas frente a la autonomía de la voluntad de las partes y la primacía del dictado de la sentencia.

3. Los efectos del divorcio en relación con los hijos

En el juicio de divorcio, cuando las propuestas de los cónyuges no son coincidentes y no se puede llegar a establecer un convenio bilateral, las principales obligaciones parentales pueden quedar sin una regulación.

Ese desacuerdo de los cónyuges durante el juicio, y la posible ausencia de un régimen de cuidado personal y alimentos determinado previamente por los progenitores, sin embargo, no impide el dictado de la sentencia de divorcio.

El divorcio genera graves efectos con relación a los hijos menores pues ya no tendrán a sus dos progenitores juntos y además cambiará el modo de cuidarlos y de asistirlos materialmente.

La propia extinción del régimen de bienes del matrimonio produce efectos sobre el hogar conyugal y sobre los hijos.

Los niños tienen un derecho a una *parentalidad completa y responsable*.

Este derecho del hijo menor a tener a sus dos progenitores aun cuando éstos se hayan divorciado, no parece ser una preocupación para la normativa del divorcio.

La norma de divorcio no advierte que los hijos tienen un proyecto de vida en común con sus progenitores que persiste, aun cuando éstos disuelvan el vínculo matrimonial.

El cuidado personal o los alimentos de los hijos, quedan relegados por la voluntad de los progenitores y la primacía de la sentencia de divorcio, y son postergados a juicios independientes que se iniciarán en algún momento futuro e incierto, oportunidad temporal que además dependerá de las posibilidades del progenitor que queda al cuidado de los niños.

A esto debe sumarse que no existe aún una ley procesal civil adaptada al Código Civil y Comercial que regule esos juicios de responsabilidad parental, cuidado personal y alimentos en forma actualizada a las nuevas normas.

4. El Interés Inferior del Niño en la separación y divorcio de los progenitores

El *Interés Superior del Niño* ha sido postulado por el propio Código Civil y Comercial en el art. 639, como un principio jurídico general que consiste en la prioridad del derecho del hijo por encima de los derechos de los mayores cuando pudiera existir alguna controversia de intereses.

Por otra parte, el nuevo Código ha venido a reconocer, en línea con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26.061, el carácter de sujeto de derechos que posee el Niño, con una especial regulación en el capítulo de Responsabilidad Parental.

El Niño, como sujeto que es, tiene derecho a lo que hemos denominado una *Parentalidad Completa y Responsable*⁷⁶ de parte de ambos progenitores. Este mismo instituto ha sido designado por otros autores y por los *Fundamentos* de la reforma, como *Derecho a la Coparentalidad*⁷⁷.

El Código Civil y Comercial parece reafirmar este derecho a la parentalidad completa cuando consagra el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores, aun separados (Art.641 inciso b), así como, cuando establece como regla preferencial para el juez que el cuidado personal sea *compartido indistinto* (arts.651 y 655).

Y esta coparentalidad o parentalidad completa y responsable, no es otra cosa que el derecho del niño a tener a sus dos progenitores, no sólo a uno de ellos, aun en el caso de separación o divorcio.

Sin embargo, estas buenas normativas del capítulo de Responsabilidad Parental confrontan gravemente con otros pasajes del mismo código, que consagran en cambio, el *Interés Inferior del Niño*, como en el caso de la regulación de la separación y divorcio de los progenitores.

En muchos casos, la separación o divorcio de los progenitores plantea una grave afectación de los derechos del hijo como sujeto jurídico.

⁷⁶ PITRAU, Osvaldo *El derecho del niño a una parentalidad completa y responsable* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 143 - 23.02.2018. en www.DPICuantico.com.

⁷⁷ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

Es importante destacar que en algunos supuestos de progenitores que conviven, también se verifica la falta de una *familia solidaria* y de una *parentalidad completa y responsable*, aun cuando en estos casos es muy difícil de identificar la afectación de ese derecho del niño, por la falta de exteriorización jurídica o judicial por fuera de la intimidad familiar.

Ahora bien, la separación de hecho o el divorcio de los progenitores significan verdaderas crisis para el hijo, ya que su derecho a la familia y a una *parentalidad completa*, queda *ab initio* afectado por la no convivencia de sus padres, debiendo éstos procurar el resguardo de ese derecho del hijo a partir de los principios de una *parentalidad responsable*.

Luego de la ruptura de la convivencia de sus progenitores, el niño sigue queriendo a ambos progenitores de la misma forma, quiere verlos todos los días y compartir su desarrollo con ellos, como ocurría cuando vivían todos juntos.

Además el niño, que sigue amando a sus dos progenitores de la misma forma, pretende que ellos sigan cuidándolo, asistiéndolo y educándolo del mismo modo que cuando convivían y ciertamente que tiene derecho a todo ello, aun cuando ahora eso sea en una forma adaptada a la falta de convivencia de aquellos.

Las carencias de cuidado, asistencia y educación, serán interpretadas por el niño posiblemente como una falta de afecto y es probable que se culpe de ello a sí mismo, hasta incluso se considere culpable del divorcio de sus padres, en un cadena causal que no comprende y que lo hace sufrir.

Por ello, el desafío del derecho de familia consiste entonces, en asegurar el derecho del niño a una *parentalidad completa y responsable*, en estos casos de divorcio, aun cuando sus propios progenitores, enfocados en la disputa conyugal y en consolidar su autonomía personal, no siempre van a tener ese objetivo primordial respecto de sus hijos.

En el antiguo Código Civil se prefería el derecho de los padres a divorciarse, por sobre el interés del niño a la máxima coparentalidad posible y a alimentos dignos y garantizados para su desarrollo.

El gran número de procesos de ejecución alimentaria o de régimen de visitas proveniente de acuerdos de divorcio incumplidos en aquellos años del Código Civil, demostraba que en esos procesos de divorcio no se había garantizado completamente el derecho de los hijos, sin perjuicio de sentencias que incluían acuerdos siempre homologados, según el procedimiento del art. 236.

La reforma del Código ubicó a los hijos menores como sujetos de derechos y estableció a su interés superior como principio general, pero al legislar sobre el divorcio, no ha colaborado demasiado para cambiar esos antecedentes judiciales ya que la sentencia se puede dictar sin que exista una regulación de cuidado personal o alimentos.

Como ya hemos visto, la nueva norma de divorcio no ha tenido en cuenta a los hijos: el breve proceso del art. 438 concluye sin exigir que se hayan asegurado los derechos de los niños, y sin prever la participación de los hijos en el juicio.

De este modo, luego de la pronta sentencia de divorcio, todo se derivará a procesos posteriores asincrónicos con la separación y con la nueva vida de los hijos. En este sentido, y de acuerdo a la norma vigente, pueden pasar varios meses siguientes a la sentencia de divorcio, sin que se hayan cubierto las necesidades materiales y parentales de los hijos.

El resguardo de los derechos de los hijos no parece ser un tema relevante para la nueva norma de divorcio, ya que si bien ubica la regulación de efectos relativos a la responsabilidad parental entre los temas imperativos de los convenios reguladores, en el caso de diferencias entre los padres, algo bastante habitual, todo quedará postergado para futuros juicios independientes, sin un horizonte procesal definido, ni plazos determinados por la ley.

La nueva legislación de divorcio parece haber sido escrita sin haber tenido a la vista las mencionadas normas que establecen como principio general, al interés superior del niño.

Por ello hemos afirmado que a la luz de los artículos 438 y 439, y en relación con los derechos de los hijos en dichos procesos, el nuevo código parece establecer *el interés inferior del niño*⁷⁸.

En el definitivo enfrentamiento entre los *principios de libre autonomía de la voluntad de los cónyuges y de primacía de la sentencia de divorcio*, por un lado, y el *interés superior del niño*, por otro, el legislador ha preferido privilegiar el dictado de la sentencia de divorcio por encima de los derechos de los hijos, a pesar de las jerarquía constitucional que ostentan éstos últimos.

Un sistema de separación y divorcio de los progenitores más apropiado al interés superior del niño, hemos propuesto ya en el año 1997, estableciendo la participación de los hijos en los entonces vigentes juicios de divorcio, tenencia y alimentos y proponiendo la suspensión de los procesos de separación y divorcio de aquella época, hasta tanto los cónyuges garantizaran la cobertura de los derechos de sus hijos⁷⁹.

Esto no significa que se pretenda obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de los cónyuges a divorciarse o separarse, muy por el contrario, se trata de que esa separación o extinción matrimonial no afecte los derechos de otros sujetos de esa familia, como los hijos menores. Estos niños de un día para otro se ven privados de la convivencia cotidiana con uno de sus progenitores y de un sostenimiento material del mismo tenor al que existía durante la convivencia.

⁷⁸ PITRAU, Osvaldo *El interés inferior del niño en la separación y divorcio de sus progenitores* en Diario Familia y Sucesiones Nro 114 - 09.06.2017 en www.DPICuantico.com.

⁷⁹ PITRAU, Osvaldo – MASCARO, Adriana “*El derecho del Niño a ser oído y la consideración del Interés Superior del Niño en los procesos de divorcio*” Ponencia presentada en las XVI Jornadas nacionales de Derecho Civil organizadas en la UCA, Ciudad de Buenos Aires, 1997 y en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia organizado en Mendoza en septiembre de 1998.

En este punto, la norma de fondo debería haber establecido las siguientes alternativas de protección: a) el dictado de oficio de medidas cautelares alimentarias y de cuidado personal de los hijos junto con la sentencia de divorcio; b) la suspensión del dictado de la sentencia hasta tanto se homologue un plan de parentalidad; c) la previsión de un plazo perentorio para presentar un Plan de Parentalidad luego del dictado de la sentencia de divorcio; d) la disposición de un término procesal explícito para iniciar los juicios futuros de obligaciones parentales.

Lo que se persigue es que el derecho de los niños a una familia y a tener a los dos progenitores presentes en su desarrollo, pueda concretarse, que no se oscurezca por el final de una relación afectiva conyugal, ya que ese divorcio no significa la extinción total de las obligaciones jurídicas que esa relación matrimonial ha generado, *ni siquiera significa jurídicamente el fin de esa familia*.

Los progenitores separados o divorciados deben tener presente que el final del matrimonio o de la pareja como vínculo afectivo conyugal, *no extingue el proyecto de vida en común familiar en forma completa*, ya que ellos deberán seguir sosteniendo una relación, como progenitores de esos hijos, y esto no es un imperativo social, afectivo o moral, es una obligación jurídica para ambos y un derecho para sus hijos menores.

Ese proyecto de vida en común familiar deberá adaptarse e integrarse a posibles proyectos familiares futuros de cada uno de los progenitores, pero no se terminará con la sentencia de divorcio.

Y en ese orden de ideas, *el proyecto de vida en común entre los ex cónyuges y sus hijos continúa luego de la sentencia de divorcio*, solo que deberá adecuarse a las nuevas condiciones familiares, sin afectar los derechos de los vulnerables.

5. La cuestión del centro de vida del niño y la jurisdicción del tribunal del divorcio

Una importante cuestión plantea la doctrina en relación con el centro de vida del niño y la jurisdicción que corresponde al juicio de divorcio⁸⁰.

El art. 717 establece la regla de competencia para el juicio de divorcio: “*En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta*”.

Dicha elección del actor entre el juez el último domicilio conyugal o el del domicilio del demandado, determinará también la competencia sobre los juicios conexos y aquellos que tratan sobre los efectos de la sentencia.

El art. 716 por su parte, se refiere a los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes: “*En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida*”.

De modo que la determinación de competencia del 717 sobre juicios conexos al divorcio podría, llegado el caso, no coincidir con el centro de vida de los hijos menores, en procesos de alimentos o cuidado personal que se deriven del divorcio.

En este punto debería privilegiarse la competencia de los tribunales correspondientes al centro de vida del niño en relación con esos juicios de alimentos y cuidado personal.

⁸⁰ SOSA, Guillermina Leontina *La autonomía de la voluntad y el interés superior del niño: Propuesta-convenio regulador y cuestiones de competencia*. Publicado en: Sup. Const. 2015 (septiembre) , 22 • LA LEY 2015-E , 953.

Lo contrario, iría en contra del principio del Interés Superior del Niño, expuesto por el propio Código, pero que aparece también explícitamente en el art. 3, última parte, de la ley 26061, en cuanto dispone que *“Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”*.

La Corte Suprema ha resuelto esta cuestión en este sentido, en un reciente fallo⁸¹ en el que hace suyo el dictamen de la procuradora fiscal, al determinar la competencia del juez del lugar donde una niña tenía su centro de vida, apartándose del criterio de la Cámara, que había determinado la competencia del juez interviniente en el juicio de divorcio y homologación del acuerdo de tenencia. A dicho efecto, recordó el compromiso asumido por el Estado nacional en orden a garantizar al menor que se halle en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que lo afecten y de que ésta sea debidamente considerada en función de su edad y madurez. En este punto, nuestro más Alto Tribunal sostuvo: *“debe darse a la niña la oportunidad de ser escuchada acerca de los serios problemas de fondo en trance de definición, en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño”*⁸².

En definitiva, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías⁸³. En ese sentido, se sostuvo que el aplicador del

⁸¹ Corte Suprema, 23/6/2015, “B. S., G. E.v. M., H. s/medidas precautorias”, Supl. Doctrina Judicial Procesal 2015 (agosto), p. 19.,

⁸² Ver también en este sentido, CORDOBA, Lucila Inés y PITRAU, Osvaldo *Competencia según el centro de vida del niño, niña o adolescente* en Diario Familia y Sucesiones Nro 41 - 28.08.2015 en www.DPIcuantico.com.

⁸³ CIDH *“Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay*” Sentencia de 2 de septiembre de 2004 en <http://www.corteidh.or.cr>.

derecho deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos⁸⁴.

6. El derecho de los hijos a ser oídos en el divorcio

Los hijos deben participar del proceso de divorcio, porque como sujetos jurídicos se ven afectados por la voluntad de sus progenitores y porque tienen derecho a que esa decisión sea ejercida en forma *madura y responsable*, con una regulación efectiva de sus derechos.

Tal como lo hemos destacado en otra oportunidad, el propio Comité de aplicación e interpretación de la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), en su observación N°12 (párrafos 51 y 52) dice al respecto que *“En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al “interés superior del niño...”*”⁸⁵ Con este fundamento, toda la legislación sobre separación y divorcio debería incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones judiciales y en los procesos de mediación.

En la nueva norma de divorcio, se privilegia el derecho de los progenitores a divorciarse por encima del derecho de los hijos a una parentalidad completa y responsable, postergando el resguardo efectivo de ese derecho del niño a juicios futuros e inciertos, aun sin una

⁸⁴ SOSA, Guillermina Leontina *La autonomía de la voluntad y el interés superior del niño: Propuesta-convenio regulador y cuestiones de competencia*. Publicado en: Sup. Const. 2015 (septiembre), 22 • LA LEY 2015-E, 953.

⁸⁵ ONU- CÓMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO Observación General N°12 año 2009, párrafos 51-52, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm.

regulación procesal específica y sin haber previsto la exigencia de medidas cautelares de oficio sobre cuidado personal y alimentos.

Esta grave falencia del art. 438 que envía hacia el futuro la cobertura de cuestiones urgentes de orden público, ya significa una causa de su inconstitucionalidad, sin embargo se le suma una más grave aún: *la ausencia de los hijos en el proceso de divorcio*, como sujetos de derecho afectados, que deben presenciar sin poder participar, como sus representantes legales en algunos casos incumplen con las obligaciones imperativas de regulación del cuidado personal y alimentos.

La Convención de los Derechos del Niño, que ha sido incorporada a nuestra Constitución Nacional⁸⁶, ha previsto en su artículo 12 la participación del niño en los asuntos que los afecten.

En ese sentido, el Comité de la Naciones Unidas que aplica e interpreta la mencionada Convención en la Observación N°12 del año 2009 establece claramente que *los hijos deben ser escuchados en los procesos de divorcio de los progenitores*.

La Observación N°12 del citado Comité establece el siguiente texto: *“Obligaciones concretas respecto de los procedimientos judiciales y administrativos (50-56). El derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales civiles. Divorcio y Separación. En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales”*⁸⁷. En este punto incluimos específicamente los títulos de los párrafos, porque muestran la consideración que tiene el Comité sobre los juicios de divorcio y separación en cuanto a la participación de los hijos.

En ese mismo sentido, la Observación N°12 dispone sobre *“El derecho a “ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño“ (párrafos 32-34). “esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que*

⁸⁶ CN Art.75 inciso 22.

⁸⁷ ONU- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO Observación General N°12 año 2009, párrafos 50-56, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm.

afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres...⁸⁸".

De este modo, el comité interpretativo de la convención expone la necesidad de oír a los hijos en el divorcio y esto hace resaltar las importantes deficiencias constitucionales del proceso instaurado en el art. 438 en cuanto a los derechos de los hijos.

En la legítima interpretación que realiza el Comité de la Convención de los Derechos del Niño, entonces, queda claramente identificado el derecho de los hijos a ser oídos en el divorcio de sus padres.

En la reciente reforma del Código Civil francés de 2016, al introducir el procedimiento privado de divorcio para el caso de mutuo consentimiento, se ha previsto que en el acuerdo que firman los cónyuges se incluya bajo pena de nulidad una cláusula que certifique que el menor ha sido informado por sus padres de su derecho a ser oído por el juez en las condiciones establecidas en la ley y que no desea hacer uso de esta opción⁸⁹.

El Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño hace expresa alusión al principio de "*participación*", por medio del cual se garantiza al niño, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. El reconocimiento del niño como sujeto de derecho significa necesariamente otorgarle la debida participación integrándolo en los procesos judiciales o extrajudiciales que conciernen a su vida y su persona.

La valoración de la opinión del niño tiene un lugar importante en la proyección protectoria de su persona. El niño merece respeto y no es una persona a la que se le pueden imponer determinadas decisiones en forma arbitraria o injusta, con causa en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad de sus progenitores.

⁸⁸ ONU- CÓMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO Observación General N°12 año 2009, parágrafos 32-34, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm.

⁸⁹ CODE CIVIL Francia (Reforma de la LOI 2016-1547 art.50) Art. 229-3: "*La convention comporte expressément, à peine de nullité...6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté*".

En este punto debe destacarse que “*oír al niño*” no significa que a él se le vaya a exigir la exposición de un discurso adulto y comprensible para los padres o para el juez.

En la mayoría de los casos, *escuchar al niño* significará conocer cómo se siente, si está sufriendo, si se siente solo, si necesita afecto, frente a una determinada situación que lo afecta como el divorcio de sus padres. Y esta importante información en relación con un niño pequeño deberá obtenerse a través de un abordaje interdisciplinario que tiene el mismo valor de participación que el relato racional que pudiera articular un adolescente o un mayor de edad.

En este sentido, el Comité en la Observación N°12 de 2009 ha dicho que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan⁹⁰.

*“La plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”*⁹¹.

La expresión de sentimientos puede ser considerada un juicio propio en niños muy pequeños. El niño tiene derecho constitucional a que escuchen su voz cuando esto sea posible, pero que también escuchen su corazón cuando es muy pequeño y no puede exponer su sentir a través de un discurso racional maduro⁹².

⁹⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (ONU) Observación General N°12 año 2009, parágrafos 20-21, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm.

⁹¹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (ONU) Observación General N°12 año 2009, parágrafos 20-21, en www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosNino-CRC.htm.

⁹² PITRAU, Osvaldo F. *Alimentos para los Hijos: El Camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Directoras Herrera-Grahan. Ed. IN-FOJUS 1° edición pág. 389, Año 2014, hay una 2° edición actualizada del año 2015)

Por ello pensamos que no deben existir limitaciones de edad para escuchar a un niño, ya que ese niño, según nuestra norma vigente, tiene derechos desde que es una persona.

El derecho del niño a ser oído no debe ser motivo de temor, su voz y su sentir en ninguno modo debe afectar las jerarquías familiares establecidas en la norma en torno a la responsabilidad parental. Que el niño sea escuchado no significa abrir el paso a una denominada democratización de la familia, que por otra parte, no resulta adecuada a nuestra normativa, ni al bien común familiar.

Pero lo que si afecta, en muchos casos, el bien común familiar y a los derechos de los integrantes de la familia, es la actitud egoísta e individualista de los progenitores, y por eso entonces, hay que escuchar a los hijos menores.

Los niños siempre van a querer una familia lo más unida posible, la necesitan, por ello siempre van a ansiar el buen trato entre sus progenitores. En este contexto, son los niños quienes van a generar canales de comunicación y diálogo en una familia, cuando los progenitores están envueltos en su disputa conyugal.

No hay que temer a que los niños participen y sean escuchados, no van a perjudicar a sus progenitores, más aun, los hijos son quienes desde su pequeñez de edad nos recordarán que hay una familia y no solo un matrimonio y que si éste se disuelve, ese grupo familiar se transforma, pero permanece en el futuro, pues las normas de responsabilidad parental se seguirán aplicando.

Finalmente, y desde un punto de vista jurídico, los procesos de divorcio que no escuchan a los hijos menores, podrían ser inválidos, desde la perspectiva constitucional, atento a que el derecho del niño a ser oído se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño y, por ende, están incorporados a la Constitución Nacional.

7. La participación del hijo en los Planes de Parentalidad planteados en el juicio de divorcio

En el último párrafo del art. 655 se plantea la obligación de los progenitores de procurar la participación del hijo en los planes de parentalidad y en su modificación.

Esta obligación para los progenitores no se ha verificado aún en la práctica jurídica cotidiana, ni es reclamada por el Ministerio Público o por los jueces en los juicios de cuidado personal o de alimentos, y menos aún por los niños, que no son escuchados en los procesos judiciales, ni tienen abogados que puedan plantear la falta de cumplimiento de esos deberes de sus progenitores.

Hemos reclamado la inclusión de una cláusula necesaria para todo Plan de Parentalidad que contemple de que forma han procurado los progenitores la participación del hijo menor en los términos del art. 655⁹³.

Ahora bien, en la propuesta de regulación que debe acompañar la petición de divorcio deben incluirse las cuestiones de responsabilidad parental en juego, y del mismo modo, en el convenio regulatorio deben acordarse los efectos del divorcio respecto de los hijos.

El propio art. 439 menciona expresamente que “*El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas...al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria;...*”.

Tal como se puede apreciar, en estos aspectos, el objeto y los temas del Convenio regulador son los mismos que aquellos que integran el Plan de Parentalidad del art. 655.

Es por ello que esas propuestas iniciales adjuntas a la petición de divorcio, así como el eventual convenio regulatorio del art. 439 son, en dichos aspectos que refieren a los hijos menores, verdaderos planes de parentalidad.

⁹³ PITRAU, Osvaldo *Las cláusulas necesarias de un plan de coparentalidad* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro. 149 – 20.04.2018 en www.DPIcuantico.com

Ahora bien, si el plan de parentalidad lo convienen los progenitores fuera del ámbito del divorcio, debe procurarse la participación del hijo, tal como lo establece el art. 655, pero si ese mismo convenio ocurre en el marco del proceso de divorcio, entonces, allí en principio, el hijo no tendría participación.

Esta diferencia de tratamiento legal, no tiene ninguna justificación y es un elemento más para fundamentar la participación de los hijos en los procesos de divorcio.

Por ello, de acuerdo a una interpretación extensiva del art. 655 habría que procurar la participación de los hijos en las propuestas regulatorias relativas a la responsabilidad parental que se presenten junto a la petición o en el convenio que se termine homologando con la sentencia de divorcio.

8. El derecho del niño a tener un abogado en el juicio de divorcio

En el contexto del caso de un hijo menor que debe ser escuchado en los procesos de divorcio, debemos considerar esencial la asistencia de un abogado que le permita asegurar la efectiva cobertura de sus derechos y que le posibilite reclamar cuando ellos le son negados o no son regulados.

Y esto es lo que ocurre naturalmente con cualquier persona mayor de edad: a nadie se le ocurriría privar a una persona del derecho a tener un abogado. Sin embargo, para el niño ese derecho parece estar en discusión.

El derecho del niño a ser oído no puede materializarse y ejercerse si no se asegura su asistencia letrada, tal como surge del art. 12 punto 2 de la propia Convención de los Derechos del Niño.

Ese derecho a tener un abogado queda reflejado expresamente en el art. 27 inciso c) de la Ley 26.061: *“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte,.. los siguien-*

tes derechos y garantías: ... c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya...”

Asimismo, en el art. 27 de la reglamentación de la Ley 26.061 (Decreto 415/2006) se especifica ese derecho y se establece que *“El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.”*

El niño no podrá ejercer válidamente su derecho a ser escuchado si no tiene un abogado que lo asesore legalmente, por ello son dos derechos vinculados tan estrechamente que para ser oído necesariamente se requiere del derecho a una asistencia letrada⁹⁴.

El Código Civil y Comercial innova al incluir, en algunas de sus normas, la figura de la asistencia letrada para hijos menores de edad, sin embargo lo hace en forma muy selectiva, sólo para determinados casos y sin respetar la universalidad de aplicación que proviene de los principios de la Convención o de la propia ley 26.061, norma ésta que parecería haber ignorado casi en forma absoluta.

El niño necesita, como cualquier ciudadano mayor de edad, tener asistencia jurídica para ejercer sus derechos, por ello su derecho a ser oído se ve claramente afectado sino tiene un abogado que lo asesore, como ocurre naturalmente con cualquier persona mayor que debe participar de un proceso judicial o en un acto jurídico.

En este contexto no se puede vincular el derecho del niño a ser escuchado o a tener un abogado, con la capacidad progresiva que va adquiriendo a medida que crece, ya que es un sujeto de derecho desde que es persona, al margen del grado de capacidad civil o autonomía que ostente.

⁹⁴ PITRAU, Osvaldo *El derecho del niño a tener un abogado* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro. 140 - 02.02.2018 en www.DPIcuantico.com.

La restricción de capacidad civil de un niño se regula en su *protección*, no en su perjuicio, de modo que, si por no tener capacidad o madurez suficiente, no puede ser escuchado o tener un abogado, esa limitación legal supuestamente protectoria lo puede terminar perjudicando.

Existe una definición errónea de cierta práctica jurídica que afirma: *los niños no deben tener abogados*, y este postulado resulta notoriamente discriminatorio e inconstitucional ya que carece de todo fundamento legal.

Bajo este concepto injusto, esos niños y niñas, rara vez participarán de los trámites que resuelven su suerte y en los pocos casos en que logren participar, aún más escasas serán las posibilidades de tener un abogado que custodie sus derechos.

Estos niños sin abogado no podrán opinar sobre el uso de la Cámara de Arnold Gesell en los juicios de familia. Tampoco podrán conocer cuál es la cuota alimentaria de orden público que les corresponde, solo deberán aceptar aquella que han acordado sus padres, nunca garantizada civilmente y que luego será a su vez fatalmente incumplida. Esos niños sin un asistente letrado nunca lograrán que los funcionarios judiciales los escuchen a los 4 años de edad en la tranquilidad de su hogar junto a sus juguetes, pues nunca conseguirán que aquellos que deben decidir sobre ellos conozcan su centro de vida. Sin un abogado, esos niños muy difícilmente logren que su interés superior se imponga alguna vez al de los mayores en un divorcio.

Las teorías, doctrinas y fallos que restringen el derecho de asistencia jurídica para el niño concluyen en que no es necesario un abogado del niño, que su participación debe ser excepcional, que es correcto el trato jurídico que se les da a los niños en los procesos jurídicos, y que por todo ello, sus derechos se cumplen en forma efectiva.

Pero en la realidad esto no es así, y con esas posiciones y decisiones judiciales restrictivas en muchos casos, estamos configurando un

estado de indefensión jurídica para los niños que resulta inconstitucional y discriminatorio.

Y esta falencia se observa particularmente en los juicios de divorcio y pende como una nueva afectación constitucional del proceso: esos niños y niñas sin abogado, no participarán de ese proceso que los afecta, no serán válidamente oídos y entonces finalmente, siempre se resolverá, se acordará y se homologará lo que sus progenitores decidan, con hegemónico y absoluto respeto al principio del Interés Inferior del Niño⁹⁵.

En este punto podemos presumir que cierta estructura jurídica parece *temer a los abogados de los niños*, pero en realidad, *teme a los niños*. Así, se teme que los niños, tras la defensa de sus intereses superiores, puedan afectar los deseos individualistas de felicidad de los mayores. En realidad tienen temor a que, por atender a los derechos de los niños, finalmente se acabe la conveniente desconexión que existe actualmente entre matrimonio y familia.

Los hijos por el contrario, quieren una familia unida o lo más unida posible, quieren a sus progenitores juntos para ellos, en buenas relaciones, aunque se divorcien y formen nuevas parejas.

Los niños son el *factor más unitivo de la familia*, ellos posibilitarán que aun cuando el matrimonio ya no exista, esa familia sobreviva bajo otra forma, sin perjuicio de las nuevas uniones de sus progenitores.

Esos niños a quienes se los priva de abogados y de ser oídos, por temor a una rebelión que desafíe la autoridad parental, solo tienen un único objetivo: *no quieren divorciarse de sus padres*.

⁹⁵ PITRAU, Osvaldo *El interés inferior del niño en la separación y divorcio de sus progenitores* en Diario DPI Familia y Sucesiones Nro 114 - 09.06.2017 em www.DPIcuantico.com.

IV. El divorcio protectorio

1. Introducción

El divorcio es una de las causas de extinción del vínculo civil matrimonial, ahora bien, esta disolución genera efectos directos sobre los cónyuges y sobre otros integrantes de la familia como los hijos menores.

En ese sentido, los hijos menores y muchas veces alguno de los cónyuges, presentan situaciones de alta vulnerabilidad o enfrentan circunstancias de excepcional dureza ante aquella desvinculación matrimonial.

Es por ello que el proceso de divorcio, que tiene un objetivo inmediato indiscutible que es la disolución del vínculo, debe a la vez tener una *función de protección* de esos vulnerables afectados por la ruptura.

Esta es una exigencia que imponen los más esenciales principios jurídicos en esta materia: la Solidaridad Familiar y el Interés Superior del Niño.

En el derecho comparado existen legislaciones que han tenido la preocupación de resguardar a los hijos o al cónyuge débil frente al divorcio, y lo han hecho, como veremos, a través de las denominadas cláusulas de dureza, de rigor o de salvaguarda.

Veinte años atrás hemos presentado sendas ponencias en la Jornadas Nacionales de Derecho Civil y en el Congreso Internacional de Derecho de Familia de Mendoza proponiendo algún tipo de medida procesal que permita encauzar el proceso de divorcio hacia la protección de los derechos de los hijos⁹⁶.

En ese orden, la idea de un *divorcio protectorio o protectivo* no debe identificarse con una posición negatoria del derecho a divor-

⁹⁶ PITRAU, Osvaldo – MASCARO, Adriana “*El derecho del Niño a ser oído y la consideración del Interés Superior del Niño en los procesos de divorcio*” Ponencia presentada en las XVI Jornadas nacionales de Derecho Civil organizadas en la UCA, Ciudad de Buenos Aires, 1997 y en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia organizado en Mendoza en septiembre de 1998.

ciarse, ni debe significar un castigo u obstáculo para los cónyuges que quieren divorciarse, sino que solo presupone una estructura de normas que represente un resguardo para aquellos que se encuentran afectados, luego de la disolución.

En este punto, y en relación con esta necesidad de proteger a un vulnerable, no hay cuestiones de culpabilidad o de análisis del pasado matrimonial, sino la simple finalidad de resguardar para el futuro sobre la base de los principios de solidaridad familiar y de interés superior del niño.

En ese sentido, la protección en el divorcio surge de una situación objetiva de vulnerabilidad y halla un primario fundamento en el principio jurídico de *solidaridad familiar* que tiene plena aplicación en este caso y excede el ámbito de las obligaciones morales. Y esto es así porque la familia es un grupo de personas vinculadas por deberes jurídicos de naturaleza solidaria⁹⁷.

La necesaria consagración de la Solidaridad Jurídica como principio general del derecho es una exigencia que debiera contemplar nuestro sistema normativo⁹⁸, en orden a proteger al vulnerable.

Nuestro Código Civil y Comercial queda a mitad de camino en esta idea de protección de los vulnerables ante la ruptura, ya que incluye algunas normas muy interesantes que son propias del divorcio protectorio, tales como la compensación económica o la atribución de vivienda, pero también incorpora otras que se alejan notoriamente de la salvaguarda de los derechos de los hijos menores o del cónyuge débil.

A continuación se revisarán algunas legislaciones que plantean normas específicas de resguardo en el divorcio, para luego desarrollar cuál es el alcance protectorio que ha previsto nuestro propio sistema de divorcio.

⁹⁷ CORDOBA, Marcos M. - VANELLA, Vilma R. - Vázquez, Ángela C., Derecho de familia. Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 6.

⁹⁸ LAJE, Alejandro *El principio general de solidaridad en el derecho argentino* en Diario La Ley del día 1º de abril de 2016.

2. Derecho comparado: la cláusula de dureza excepcional, de rigor o de salvaguarda

2.1. Francia

En Francia el *Code Civil* en su versión anterior al año 2005 incluía una cláusula de dureza excepcional (*clause d'exceptionnelle dureté*) en el Art 240: “*Si el otro cónyuge determinara que el divorcio tiene, bien para él, particularmente habida cuenta de su edad y de la duración del matrimonio, bien para los hijos, consecuencias materiales o morales de una dureza excepcional, el Juez desestimaré la demanda. Podrá incluso desestimarla de oficio en el caso previsto en el artículo 238*”⁹⁹.

Según Ballesta¹⁰⁰ esta cláusula no era una figura jurídica que miraba hacia el pasado ahondando en las supuestas culpas en el divorcio, sino que era un instituto que contemplaba el futuro, que atendía a las circunstancias de excepcional dureza que deberían enfrentar los hijos menores o el cónyuge más débil.

En orden a ello, esta cláusula de dureza excepcional era un mecanismo de protección para el cónyuge demandado o para los hijos en aquellas situaciones en que el pronunciamiento judicial favorable a la pretensión de divorcio del actor le generaba consecuencias materiales o morales de especial dureza.

2.2. Inglaterra

En Inglaterra se ha establecido una *hardship clause* para el caso de demanda unilateral por cese de la convivencia de más de 5 años:

⁹⁹ CODE CIVIL Francia, Artículo 240 (derogado): “*Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande. Il peut même la rejeter d'office dans le cas prévu à l'article 238.*”. Abrogé par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 23 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005, en www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁰BALLESTA, Ma Angeles Felix. “Regulación del divorcio en el derecho francés”. Ed. Universidad de Barcelona, 1988.

“El demandado puede oponerse alegando que la disolución del matrimonio le causaría un grave perjuicio económico o de otra índole, o que sería dañoso en cualquier caso disolver el matrimonio (sec. 5, *Matrimonial Causes Act 1973*)”¹⁰¹. A partir de esta cláusula el demandado podría oponerse a la pretensión de divorcio, si la disolución le causa un perjuicio o un daño.

2.3. Alemania

En Alemania, el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) mantiene en su artículo 1568 una cláusula de rigor o salvaguarda (*Härteklause*l) : “1. No habrá lugar al divorcio, si bien existe ruptura matrimonial, siempre y cuando la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad nacidos gracias al mismo, o cuando el divorcio supondría a causa de circunstancias extraordinarias, una carga tan grave para el cónyuge opuesto al mismo que haga que la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente imprescindible, incluso teniendo en cuenta los intereses del otro cónyuge solicitante. 2. Derogado”¹⁰².

Esta *Härteklause*l posibilita que la declaración de divorcio pueda ser denegada, a pesar de la existencia de todos los requisitos legales. Se encuentra basada en dos casos: en primer lugar, cuando la denegación del divorcio pueda proteger *el interés superior de un hijo*

¹⁰¹MATRIMONIAL CAUSES ACT 1973 sec.5: “Refusal of decree in five year separation cases on grounds of grave hardship to respondent. (1) “The respondent to a petition for divorce in which the petitioner alleges five years’ separation may oppose the grant of a decree on the ground that the dissolution of the marriage will result in grave financial or other hardship to him and that it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage.”

¹⁰²BÜRGERLICHES GESETZBUCH , art. 1568 Härteklausel “(1) Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie geschietert ist, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist oder wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, auf Grund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint”, <http://www.gesetzeiminternet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

menor de edad. Y en segundo término, también se configura esta excepción en el caso de que el cónyuge demandado se encuentre bajo tales circunstancias que hagan necesaria la conservación del matrimonio. Esta cláusula es en definitiva un impedimento a la terminación del matrimonio¹⁰³.

2.4. Chile

En Chile, la Ley Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947), entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, e incorporó por primera vez en la legislación de ese país, el divorcio vincular. En el art. 3 se introduce el deber del juez de familia de resolver los conflictos familiares cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

En el art. 55 inciso 3º, la nueva Ley de Matrimonio Civil introduce una especie de *cláusula de dureza*, que permite al juez rechazar el divorcio por cese de convivencia solicitado unilateralmente, cuando a solicitud de la parte demandada, verifique que el demandante, durante el período de cese de convivencia, no dió cumplimiento, en forma reiterada, a su obligación de alimentos, respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo¹⁰⁴.

Según Jorge del Picó, se trata de la inclusión de un criterio restrictivo aplicado al derecho de demandar el divorcio en la modalidad unilateral, por una norma inspirada en la experiencia comparada, conocida como *cláusula de dureza*. Según este autor no sería la institución que, en doctrina, se conoce también como *cláusula de rigor*, pero comparte con ella la facultad que tiene el juez, de poder

¹⁰³EIRANOVA ENCINAS, Emilio, “*Código Civil Alemán Comentado*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998, p. 441.

¹⁰⁴Nueva Ley de Matrimonio Civil (NLMC) art. 55 párrafo 3ro.: “Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

negar el divorcio cuando observa que existe una alta probabilidad de generar graves daños que se puedan provocar en aquellos casos en que este sea otorgado. En ese sentido, cita como ejemplos, el caso de precariedad de los medios para la subsistencia económica de los hijos o del cónyuge, o que se agrave la enfermedad que padece una persona, de quien el demandante pretende divorciarse. Concluye Del Picó que “*esta cláusula o norma de rigor, constituye una limitación al régimen de divorcio en las leyes civiles contemporáneas, y se puede apreciar en el Código Civil alemán, en el Código francés y en el Derecho inglés*”¹⁰⁵.

Según el catedrático Lepin Molina, más allá de la diferencia semántica, lo concreto es que se trata de otra aplicación del principio de protección al cónyuge débil y de protección a los hijos, constituyéndose en un verdadero apercibimiento para el demandante de divorcio, en el caso de no cumplir con el pago de la pensión de alimentos¹⁰⁶.

3. El Divorcio protectorio

3.1. Concepto. Fundamento. Solidaridad Familiar. Interés Superior del Niño

El *divorcio protectorio* es un modelo normativo de disolución del vínculo matrimonial que atiende en forma primaria a la cobertura de los derechos de las personas vulnerables de la familia. Entre esos vulnerables podemos mencionar a los hijos menores, al denominado “cónyuge débil” y a otros familiares afectados que en un sentido amplio compartían el hogar conyugal o centro de vida familiar.

El modelo de divorcio protectorio se integra con normas sustanciales y procesales.

¹⁰⁵DEL PICO RUBIO, Jorge *Derecho Matrimonial Chileno*, Ed. Abeledo Perrot, 2010, Santiago de Chile. pag.432.

¹⁰⁶LEPIN MOLINA, Cristian *El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia*. En la Revista Chilena de Derecho, vol.40 no.2, Santiago de Chile, agosto 2013.

En cuanto a las normas sustanciales, el divorcio que es causa de extinción del vínculo matrimonial, se encuentra acompañado por la aplicación efectiva de los principios jurídicos de solidaridad familiar e interés superior del niño y del resto de la regulación protectoria del Código Civil y Comercial.

Sobre dichas normas sustanciales se estructura un proceso de divorcio que será *judicial y contencioso* y proveerá la disolución del vínculo, pero a la vez, debería disponer la protección necesaria a los vulnerables de la familia.

En este sentido, cabe destacar que las normas de responsabilidad parental, tienen un carácter de orden público que se impone a la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Por ello cuando ante una pretensión de divorcio se afectan derechos de orden público, la sentencia de disolución debería contemplar la efectiva regulación de dichos efectos del divorcio.

El derecho a divorciarse es de orden público y por ello no puede renunciarse (art. 436), pues bien, los derechos de los vulnerables de la familia que se ven afectados por esa disolución también son de orden público y en ciertos casos, tienen una jerarquía prevalente, como es el caso de los niños y su interés superior.

El divorcio no puede presentarse solo como una regulación procesal desvinculada de las normas y principios sustanciales del Código Civil y Comercial. Y en ese mismo orden de ideas, el divorcio no puede ser un acontecimiento matrimonial de exclusiva incumbencia de los cónyuges, sin consideración de la vulnerabilidad de los integrantes familia que ellos han conformado.

En conclusión, en el marco de la normativa sustancial vigente, el divorcio debe tener, además de la función disolutiva del vínculo, una *función protectoria* de los derechos de los vulnerables de la familia.

El mencionado carácter protectorio del divorcio se funda en los principios jurídicos de Solidaridad familiar e Interés Superior del

Niño, en la normativa sustancial del Código Civil y Comercial, en las Convenciones Internacionales y en la Constitución Nacional.

4. El proceso judicial de divorcio con función protectoria

En el modelo protectorio, el divorcio debe instrumentarse a través de un proceso judicial que sea contencioso y suficientemente amplio como para resguardar a los vulnerables.

Por ello, en orden a asegurar esa protección, además de la disolución del vínculo, ese proceso judicial debe asegurar la regulación efectiva de los efectos en relación con los hijos, con el cónyuge débil y con otros vulnerables afectados.

La intención del legislador de establecer un proceso judicial muy breve y acotado de divorcio en principio se contrapone a la protección.

Sin perjuicio de ello, esta función protectoria del proceso de divorcio no debe significar un impedimento u obstáculo para divorciarse, sino un requisito impuesto por el propio orden público que consagra normas relacionadas con los hijos menores y sus derechos o protege al cónyuge débil.

5. La regulación protectoria de los efectos del divorcio

El divorcio genera múltiples efectos sobre los cónyuges, pero también sobre los hijos menores y otros integrantes de la familia.

En otros pasajes hemos descripto cuáles son los efectos producidos sobre los hijos menores en relación con la responsabilidad parental, pero existen otras consecuencias que se derivan también de la disolución del régimen patrimonial.

La sentencia de divorcio, al disolver el régimen de bienes del matrimonio, extingue el sistema imperativo patrimonial común (arts. 454 y ss.) que contiene importantes normas de protección familiar,

y su extinción a futuro puede provocar situaciones de vulnerabilidad para los hijos, para el cónyuge débil e incluso para otros familiares.

Esta multiplicidad de efectos puede provocar situaciones de vulnerabilidad que requieren de una regulación inmediata que no admite derivación hacia juicios futuros.

Esta regulación debe surgir de la propia voluntad de las partes, y así ocurre en muchos casos, pero si hay desacuerdo, es el juzgador el que debe disponer de oficio, un resguardo jurídico para las situaciones de vulnerabilidad.

6. El divorcio protectorio en el Código Civil y Comercial

6.1. Las normas protectorias en el código

El Código Civil y Comercial no establece un modelo de divorcio protectorio, pero introduce varias normas muy importantes de protección, que luego contraponen con otras que desprotegen a los vulnerables.

La primera dificultad del modelo de divorcio del Código Civil y Comercial es que dispone un sistema básicamente procesal, hay muy pocas normas sustanciales, por lo que la posible protección que pueda incluir, se encuentra en el nivel instrumental que es propio de un procedimiento.

Esa ausencia de normas sustanciales específicas de divorcio exige más aún la vinculación del divorcio con otras normas sustanciales del propio código que pertenecen a las materias específicas de responsabilidad parental o régimen de bienes del matrimonio.

A continuación se enuncian las *normas protectorias* vinculadas al divorcio que surgen del Código Civil y Comercial:

- a) el carácter *judicial, bilateral y contencioso* del proceso de divorcio;
- b) la *exigencia de propuestas regulatorias* como requisito de la petición de disolución;

- c) el requerimiento de *contenidos imperativos* en el convenio regulatorio (art. 439);
- d) el amplio *traslado de la petición* de divorcio y de las propuestas de regulación;
- e) la *audiencia* de evaluación de acuerdos y búsqueda de consensos, de convocatoria imperativa para el juez;
- f) la existencia de *cuestiones obligatorias de inclusión* en el convenio regulatorio, establecida por el art. 439;
- g) el *requerimiento de garantías* de cumplimiento del convenio regulatorio por parte del juez;
- h) la expresa *facultad del juez de no homologar un convenio que causa perjuicio manifiesto* al interés familiar, sin perjuicio de que a nuestro entender es una norma innecesaria e incompleta que debiera haber previsto una solución cautelar protectoriva frente al acuerdo perjudicial;
- i) las *medidas precautorias* de regulación de los arts. 721 y 722.
- j) la *compensación económica* y el *régimen de atribución de vivienda* como institutos protectorios que, si bien no conforman específicamente el proceso judicial de divorcio, resguardan los derechos del cónyuge e hijos menores.

En orden a sustentar un divorcio protectorio, el Código Civil y Comercial incorpora además, un conjunto de *principios generales del proceso de familia* que favorecen la protección. Sin perjuicio de ellos muchos de esos principios no tienen aplicación práctica en los juicios de divorcio, tal como se ha destacado en el Capítulo I.

Finalmente debemos destacar un elemento protectorio básico que surge de normas vigentes ya mencionadas: *la presencia de los hijos menores en el proceso de divorcio*, para ser escuchados y para participar en la formación del plan de parentalidad que integra el convenio regulatorio (art. 439), todo ello con su propia asistencia letrada.

6.2. Aspectos no protectorios del divorcio en el código civil y comercial

Del otro lado de la protección se encuentran los tres elementos centrales del actual modelo de divorcio: *la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges*, expresada a través del desacuerdo en las propuestas, *el principio de primacía del dictado de la sentencia* y *la derivación de las cuestiones pendientes hacia juicios futuros*.

Estas tres pautas son propias de un proceso desvinculado del resguardo al vulnerable, tienen base normativa y ya hemos señalado que su aplicación podría resultar inconstitucional cuando se contraponen a principios y otras normas de orden público que tienen jerarquía superior.

La enorme fuerza de estos tres elementos contrarios a la protección es tal que, con su aplicación se desactiva casi completamente la regulación de los efectos en resguardo de los vulnerables.

Este mecanismo *no protectorio* funciona a partir del *desacuerdo de los cónyuges* que inutiliza el requerimiento de propuestas y a veces hasta el traslado mismo de ellas, y finalmente conduce a la no convocatoria de la audiencia. En este punto de falta de consensos, comienza a jugar *el principio de primacía del dictado de una sentencia* de divorcio que no incluye las regulaciones de efectos y el modelo se completa con *la derivación de esas regulaciones hacia juicios futuros*.

Como consecuencia de esos tres parámetros no protectorios, existen prácticas judiciales que aparecen en contradicción con un modelo de divorcio que resguarda y protege: la ausencia de traslado de la petición, la falta de convocatoria de la audiencia del art. 438, el incumplimiento del deber de escuchar a los hijos menores durante el proceso de divorcio, la ausencia de participación de los hijos en la formación del convenio regulatorio, la ausencia de designación de un abogado del niño en estos procesos, la falta de exigencia de garantías en los procesos regulatorios, el dictado de la sentencia de

divorcio sin regulación de las cuestiones de orden público relativas a la responsabilidad parental.

6.3. Conclusiones sobre nuestro modelo de divorcio

La disolución del vínculo matrimonial es una decisión voluntaria de los cónyuges que provoca efectos que deben regularse en forma temprana, resguardando así, derechos que provienen de normas de orden público.

El divorcio como proceso jurídico debe cumplir su finalidad primaria de disolver un vínculo, pero a la vez, debe proteger a aquellos que se encuentran afectados por ese cambio familiar que significa la extinción del vínculo.

El *divorcio protectorio* aparece como una *síntesis* que supera la dialéctica tradicional entre el divorcio culpable y el divorcio sin culpas, o aquella más reciente entre el divorcio causado y el divorcio voluntario.

En el *divorcio protectorio* no se discute la voluntad de los cónyuges de querer disolver el vínculo, sino que a la par de ello, se reclama y se incorpora *la protección de los vulnerables*, como parte esencial e inescindible de la estructura constitutiva del propio divorcio.

En un modelo de *divorcio protectorio*, no se mira el pasado buscando culpas preexistentes, que posiblemente existan, sino que se trata de focalizar en el resguardo ante una potencial afectación de los vulnerables provocada por la disolución vincular, para concluir, con el dictado de *medidas de protección*, como parte integrante de la sentencia judicial.

Por ello el modelo protectorio, mira al futuro, a las condiciones de vulnerabilidad en que quedan luego de la sentencia, algunos integrantes de la familia como los hijos menores y en consecuencia de ello, se busca el aseguramiento de sus derechos.

En nuestro código existen normas protectorias en el divorcio, pero otras tantas son contrarias a esta idea y además se verifica que, en la práctica judicial, en muchos casos, no se resguardan los derechos de los hijos menores, ni de otros vulnerables de la familia.

Por ello, debe concluirse que en nuestro derecho *no existe un modelo de divorcio con función protectoria* que permita garantizar derechos de los vulnerables al tiempo que se disuelve el vínculo.

Esa extinción del matrimonio, surge de una decisión de los cónyuges, pero afecta a toda la familia, que es un grupo de personas, que en la mayoría de los casos, permanecerá vinculado luego del divorcio, bajo una forma distinta y adaptada al cambio producido.

En el caso de divorcio con hijos menores, aun cuando el matrimonio se haya terminado, la responsabilidad parental con su conjunto de deberes y derechos va a continuar y por tanto la familia subsistirá bajo otras condiciones de convivencia y relación.

Los *hijos no quieren divorciarse de sus progenitores*, y tienen derecho a una *parentalidad completa y responsable*, con todo el cuidado personal y la asistencia que siempre tuvieron, y es por ello que, la disolución debe incluir el resguardo de los derechos de estos vulnerables, conformando un *modelo de divorcio que proteja a una familia* que, aun luego de la extinción matrimonial, *va a seguir existiendo*.

La familia y el matrimonio en el Código Civil y Comercial¹

Por Eduardo A Sambrizzi

1. La relevancia de la familia

Cabe ante todo señalar que la familia es una institución que tiene su basamento en la naturaleza, formada por personas vinculadas entre sí por la unión intersexual y la filiación, cuya finalidad es, por medio de la asistencia y la cooperación, así como por la transmisión de los valores morales y religiosos, la de procurar a todos sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales.

Es importante destacar que, tal como se ha dicho muchas veces, la familia constituye la célula básica de la sociedad, circunstancia que la distingue como una institución absolutamente necesaria para el desarrollo del género humano, lo que ha llevado a la Constitución Argentina en su artículo 14 bis, a afirmar que la ley establecerá, entre otros aspectos, *la protección integral de la familia*. Bien se

¹ Exposición del autor en la XII Reunión de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, celebrada en la ciudad de Buenos Aires los días 25 y 26 de octubre de 2018.

afirma en el artículo 17 inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*², habiendo establecido el artículo 10 inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que *se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.*

Afirma Borda que la familia es una institución –la más importante de todas–, y si bien la palabra *familia*, agrega, es de una acepción indudablemente multívoca, expresa aceptablemente la idea de que esas entidades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y de la propia ley, que no puede desconocerlas sin una grave violación del derecho natural³. Por lo cual, Pettigiani ha afirmado que “toda pretensión de sustituir el rol social de la familia por la acción de otra institución, organismo o sociedad intermedia, resultará inocua y predestinada al fracaso... todo intento de destruir la familia representará una suerte de autoaniquilamiento o suicidio social... toda pretensión de manipular la familia con vistas a su utilización para otros fines distintos de aquellos... que le son específicos, estará sustrayendo a la humanidad su más valioso elemento de socialización y privándola de su alimento espiritual más nutricional, socavando sus cimientos más sólidos, lo que ocasionará irremisiblemente la destrucción de aquélla y, transitivamente, su propio exterminio”⁴.

² Similar es lo normado en el art. 16 inc. 3. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³ BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª edición, actualizada por BORDA, GUILLERMO J., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 17.

⁴ PETTIGIANI, EDUARDO JULIO, “Familia”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, dirigida por Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 171.

2. Las uniones de hecho

Si bien la familia es, tradicionalmente, la que surge del matrimonio, que, como dice Belluscio, constituye “el ideal jurídico y ético”⁵, en los últimos tiempos se ha admitido –lo que comparto– que también constituye una familia la de quienes conviven sin estar institucionalizados, tengan o no hijos, siempre que esa unión tenga estabilidad y exclusividad⁶. Y si bien todas ellas merecen protección, lo expresado no debe ser entendido en el sentido de que se les deba conceder los mismos derechos, pues a la sociedad le interesa promover a la familia institucionalizada por el vínculo matrimonial –a la que el derecho debe priorizar–, por el mayor compromiso asumido por los esposos, y la seguridad que para sus integrantes resulta de esa circunstancia. Lo que beneficia a la sociedad, aunque más no sea por la mayor estabilidad que resulta del vínculo matrimonial, que en la actualidad es más frágil, en razón fundamentalmente del flagelo del divorcio, que cada día invade en mayor medida la vida familiar, con sus efectos destructores de la familia.

Desde otro ángulo, la familia surge naturalmente de la unión del hombre y la mujer, que en virtud de una atracción instintiva tanto física como psíquica, lleva a la procreación y al posterior cuidado y desarrollo de los hijos nacidos de esa unión. La propia naturaleza del hombre posibilita la unión de dos personas de distinto sexo con la finalidad de crear vida, por lo que desde un punto de vista natural, no puede existir una familia formada por dos personas del mismo sexo, sean mujeres u hombres; María Josefa Méndez Costa afirma al respecto que “la potencialidad de generar es inseparable de la concepción de *familia*, aunque no se realice involuntaria o voluntariamente entre los miembros de una determinada pareja (lo cual excluye del concepto a la pretendida *pareja* homosexual)”⁷.

⁵ Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., cit., t. 1, p. 7, parágr. 2.

⁶ Conf., entre otros, AUZA DE AMPUERO, NANCY, “La unión conyugal libre o de hecho en Bolivia”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 9, año 1995, ps. 90 y sigte., IV.

⁷ MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, cit., p. 43. Con-

3. La familia es anterior al Estado, que no puede desconocerla

Es importante destacar que tanto la familia en sí misma, como las normas y principios propios que la rigen, son anteriores a la creación del Estado, quien no puede ni debe modificarlos sin modificar también el concepto mismo de familia, constituyendo ésta un dato de la naturaleza, lo que hace, como lógica consecuencia, que el Estado no pueda desconocer su existencia, ni tampoco negar que sea constituida.

Debo al respecto recordar que en el inciso 1° del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se *reconoce* a los hombres y a las mujeres a partir de la edad núbil, el derecho a casarse y fundar una familia⁸. Como bien señala Mazzinghi, ese reconocimiento jurídico de la familia se le impone al Estado, por ser precisamente un dato de la naturaleza que no puede ser desconocido ni modificado, teniendo la familia “leyes propias, preexistentes a la sanción de toda norma, que el ordenamiento positivo debe reconocer y adoptar”⁹.

Esa unión de individuos y de familias en comunidad ha llevado, a su vez, a la necesidad del dictado por parte de la autoridad, representada por el Estado, de normas jurídicas que, reconociendo una realidad innegable y sin extralimitarse en su tarea legislativa, rijan su accionar en los distintos aspectos derivados de las relaciones interpersonales y entre distintos grupos de personas, de manera de obtener el bien común.

Cabe por otra parte poner de relieve que el derecho no regula la totalidad de las relaciones existentes entre los miembros de una familia,

tra, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El concepto constitucional de familia”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 15, año 1999, ps. 40 y sigte.

⁸ Similares son las disposiciones establecidas en el art. 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también en el artículo 17.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y en el artículo 16.1.a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁹ MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 2, párr. 3, y p. 4, párr. 6. Conf., PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 52 y sigtes., n° 33 y sigte.

la que además de las normas jurídicas, también se guía y en importante medida, por las costumbres y las tradiciones de sus ancestros, así como por las normas religiosas aceptadas y los ideales vigentes en cada grupo familiar. Lo cual no es enteramente desconocido por el derecho, que de acuerdo a las necesidades sociales vigentes en cada momento, muchas veces las recoge en normas jurídicas que deben estar orientadas a asegurar el buen funcionamiento de la sociedad en su conjunto y de quienes la forman, no pudiendo invadir la privacidad de los individuos, y particularmente, la de las familias, en cuyo ámbito reservado no debe inmiscuirse.

4. La labor del Estado con relación a la familia

Dado la relevancia fundamental de la familia, resulta evidente el interés del Estado por protegerla y desarrollarla, asegurando de esa manera su propia protección. Pero si bien el Estado no puede estar ausente de la educación, de manera de brindarla a quienes no pueden procurarla por sí mismos, considero que su accionar consiste en una tarea subsidiaria del indelegable deber –además del derecho– que los padres tienen al respecto, que son quienes deben decidir prioritariamente sobre tal cuestión, entendiendo la educación no solamente como la transmisión de conocimientos, sino también de los hábitos y valores morales, que son fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad. Señala Mazzinghi que el Estado “no debe tender a sustituir la acción de los padres, sino a complementarla”¹⁰. Y con respecto a la transmisión de la vida, son los propios cónyuges los que deben planificar su descendencia por sí mismos y dentro de sus posibilidades, no siendo tarea del Estado resolver ese tipo de cuestiones.

¹⁰ MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. I, p. 10, parágr. 11, b).

5. Con respecto al matrimonio

En el matrimonio se encuentran ínsitos principios tanto de carácter moral como religiosos, lo que ha hecho que desde un comienzo han influido en dicha institución las distintas religiones, de manera tal que inclusive en países en que las ciencias jurídicas han tenido un importante desarrollo, se reconoce como válido desde el punto de vista civil el matrimonio celebrado por un ministro de la Iglesia. Puede al respecto afirmarse que, por lo general, las religiones han tenido una destacada influencia en el desarrollo de la institución matrimonial, en especial, la Iglesia Católica¹¹.

En cambio, analizar el matrimonio como si hubiera exclusivamente un aspecto civil involucrado, como se ha considerado tantas veces, ha llevado a su debilitamiento como institución y al consiguiente resquebrajamiento de la familia, con todos los problemas tanto de orden individual como social que ello trae aparejado. Por ello es que al expresarse un concepto sobre el matrimonio, no debe a mi juicio omitirse la consideración de dichos principios, como tampoco olvidarse que se trata de un derecho humano fundamental, además de una institución del orden natural, o sea, propia de la naturaleza humana¹².

Partiendo de esas premisas y dejando por ahora de lado nuestro actual régimen legal del matrimonio –en cuanto del mismo resulta que puede ser celebrado tanto entre personas de distinto como de igual sexo¹³–, considero al matrimonio como la unión con fundamento en la naturaleza humana, encarada con un sentido de permanencia, que

¹¹ Cuyo aporte, sostienen Alfonso Santiago y Juan José Salinas, “consiste en haber producido la técnica jurídica originaria de las posteriores positivizaciones y en subrayar el carácter sagrado de la relación conyugal” (“El matrimonio como institución del Derecho Constitucional”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 11, diciembre de 2013, pág. 27).

¹² IRIBARNE afirma que el derecho natural existe grabado en la mente y en el corazón de los hombres, y que el mismo no es sino “una forma del derecho divino promulgado por la razón no obnubilada aún por el pecado” (IRIBARNE, Ramón, *El Matrimonio Civil comparado con el Canónico*, Buenos Aires, 1965, pág. 13).

¹³ Con fundamento en el Código Civil y Comercial, Azpiri define al matrimonio como “la unión solemnemente de dos personas, sean de diferente o del mismo sexo, tendientes a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho” (*Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, pág. 62).

celebran en legal forma el hombre y la mujer con la finalidad normal de procrear y de educar a los hijos, así como la de ayudarse mutuamente entre los esposos y la de buscar su bien. Caracteres que el derecho no hace más que recoger y regular, por cuanto tanto el matrimonio como la filiación son realidades jurídicas intrínsecas, anteriores al Estado y a la ley¹⁴. No obstante, desde la sanción de la ley 26.618, del año 2010, el matrimonio civil también puede en nuestro país ser celebrado entre personas de igual sexo, lo que fue de alguna manera convalidado –si así pudiera decirse– por la ley 26.994, que aprobó el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Código en el que, según ha señalado Julio César Rivera, se introdujeron en el matrimonio cambios de extraordinaria importancia, “eliminando los principales deberes caracterizantes de la institución; se llega a un matrimonio virtualmente sin deberes, sin responsabilidades, a un vínculo de tal debilidad que puede ser revocado sin expresión de causa por cualquiera de los cónyuges y sin que ello genere casi ninguna consecuencia”¹⁵; con lo que se ha pretendido hacer desaparecer del derecho de familia los contenidos éticos y de orden público. En sentido similar, se ha afirmado que “el *matrimonio* del nuevo Código no responde ya ni a la etimología de la palabra ni a la naturaleza de la institución”¹⁶; como también, que con la reforma del Código, lejos de garantizar el rol por parte del Estado de protección integral de la familia, “se auspicia un modelo que considera al matrimonio como un acto formal, que no difiere en sustancia de las uniones convivenciales... y al que es posible renunciar, otorgando intervención al juez, quien deberá actuar como un mero operador administrativo”¹⁷.

¹⁴ Conf., CONEN, Cristián y ORTELLI de BISCOTTI, Ana María, “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”, LA LEY, 2004-B, 1069, V; SCALA, Jorge, “Algunos derechos constitucionales de los padres respecto de sus hijos menores”, E.D., 180-1554; MAZZINGHI, Jorge A., “Matrimonio en el Derecho Canónico”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, Buenos Aires, 1992, pág. 716.

¹⁵ “La proyectada recodificación del derecho de familia”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LA LEY, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 6.

¹⁶ MOISÁ, Benjamín, “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-A, 471, IV, a).

¹⁷ PETRILLO, Paola María, “El matrimonio en el Proyecto de Código Civil: Críticas y propuestas para

Se ha sostenido, asimismo, que con la nueva normativa el matrimonio queda deslegitimado, lo que ocurre por la supresión de deberes matrimoniales o por considerar irrelevante a la infidelidad; por la reducción del matrimonio a un mero contrato sobre bienes –alejándolo de la idea de unión estable y permanente abierta a la transmisión de la vida–; por establecer un trámite *exprés* para el divorcio, sin tiempo de espera desde el matrimonio; como también por posibilitar la adopción tanto a un matrimonio como a una pareja de convivientes o a una persona sola; o cuando se crea la figura de la unión convivencial, dotándola de una mayor cantidad de requisitos y deberes que los que posee el matrimonio¹⁸.

En una velada crítica a la forma en que se encuentra legislado en el nuevo Código, Alejandro Borda pone de relieve que el matrimonio no está sólo fundado en el afecto, sino que también implica la responsabilidad de asumir juntos la tarea de ayudarse y de colaborar con los hijos para que puedan construir su propia vida, por lo que, afirma, “no parece lógico que la manera de disolver el vínculo matrimonial tenga menos exigencias que resolver un contrato”, dejando de tal manera de lado el compromiso asumido y querido de un proyecto común, en el que además de las personas que lo contraen, también están en juego los hijos. Y entre otros conceptos, afirma dicho autor que “resolver el conflicto familiar exclusivamente a través de la facilitación del divorcio, sólo vacía de contenido y sentido al matrimonio”¹⁹. Facilitación que ya pretendió Engels en el siglo XIX, al afirmar en su libro “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, que “cuando el afecto desaparezca o sea reemplazado por un nuevo amor apasionado, el divorcio será un beneficio lo mismo para ambas partes

jerarquizar la institución”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, n° 2, marzo de 2013, págs. 35 y sig.

¹⁸ MILLÁN, Liliana Luján STARÓPOLI, María del Carmen, “El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, n° 5, junio de 2013, págs. 7 y sig.

¹⁹ “Matrimonio y Familia”, LA LEY, 2012-E, 1345 y sigs. Alejandro Borda ratifica dichos conceptos en su nota “La familia, hoy”, E.D., 262-758, 2.

que para la sociedad; sólo que deberá ahorrarse a la gente el tener que pasar por el barrial inútil de un pleito de divorcio”.

Ese vaciamiento del sentido del matrimonio ocurre en la actual legislación hasta un punto tal, que la forma establecida para disolverlo mediante el divorcio constituye, en realidad, un verdadero repudio, como ya ocurría en el Antiguo Egipto hace cinco mil años, lo que hace que bien se puede calificar al actual sistema de divorcio de “falso progresismo”.

6. Se ataca a la familia mediante el debilitamiento del matrimonio

En el Código Civil y Comercial se adivina un claro ataque a la familia a través del debilitamiento del matrimonio. Son varias las causas que antes he recordado, que han llevado a ese debilitamiento, siendo quizás una de las principales, la facilitación del divorcio de una manera exagerada. La cultura contemporánea del divorcio emerge de la pérdida de significado del concepto de *permanencia* y *compromiso* en el matrimonio, que mina el acto de entrega de los cónyuges, que constituye la base del matrimonio. Y es la posibilidad de poder disolver el vínculo matrimonial lo que hace a la unión más débil y lleva muchas veces a la tentación de evitar el sacrificio que implica el indispensable acomodamiento y tolerancia que deben guardar los esposos, y, en definitiva, al debilitamiento y a la fractura del matrimonio. Por un lado, se afirma que la familia es la célula básica de la sociedad, no obstante lo cual, quienes eso dicen también admiten la disolución del matrimonio por divorcio cuanto antes y de manera rápida y sin complicaciones, cayendo de tal manera en una inocultable contradicción.

Otra de las causas que llevan al debilitamiento del matrimonio la constituye la posibilidad de celebrarlo entre personas del mismo sexo. Con lo que se deja de lado que la misma naturaleza impele a que se establezca una cierta sociedad entre el varón y la mujer, y en

eso consiste el matrimonio, existiendo una abismal diferencia con la unión de dos personas del mismo sexo, en que queda excluida la generación en forma natural. Siro De Martini recuerda a Engels, al afirmar éste que las instituciones que creó el hombre para someter a la mujer han sido el matrimonio y la familia, porque a través de ellos ha sido posible relegar a la mujer a la maternidad, debiendo al respecto señalar que para Simone de Beauvoir, las actividades de procreación y maternidad son actos repetitivos que le impiden trascender, que la hacen pasiva, que no diferencian a la mujer de los animales; por ello es que para liberarse de ese “estado de opresión”, dice dicha autora que hay que eliminar los medios históricos de que se ha valido el hombre para el sometimiento y la dominación de la mujer, tales como, entre otros, el matrimonio y la familia, que Simone de Beauvoir entiende que constituyen simples construcciones sociales o culturales²⁰.

Quiero aquí recordar que, coincidentemente, en la ceremonia que se realizó para promulgar la ley 26.618 de matrimonio homosexual, Cristina Fernández de Kirchner sostuvo que “no hemos promulgado una ley, hemos promulgado una construcción social transversal, diversa y amplia”, caracterizando de tal manera –según se ha afirmado– la convicción profunda que dio vida a esa ley, en el sentido de que el matrimonio no sería una institución natural, sino una construcción social, una obra del hombre; en otras palabras, el matrimonio no tendría ninguna característica ni contenido propio, por lo que, como todas las instituciones sociales, podría ser deconstruido y vuelto a construir por quien tiene el poder²¹. Recuerdo a Siro De Martini, cuando señala que al igualar la ley 26.618 la homosexualidad a la heterosexualidad y permitido el casamiento entre sí de personas de igual sexo, perdió de tal manera la institución matrimonial uno

²⁰ DE MARTINI, Siro M. A., “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”, Comunicación de dicho Académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de junio de 2016, publicado en Anales, Segunda Época, año LXI, n° 54, 2016, págs. 138 y sig.

²¹ DE MARTINI, Siro, nota recién cit., págs. 152 y sig.

de sus fines distintivos, como es la procreación. “Pero el Código Civil y Comercial –agrega dicho autor– vino a completar la obra al permitir la disolución del vínculo a través de un trámite, incluso unilateral, sin sujeción temporal alguna; de este modo los deberes de cohabitación y de fidelidad –que siempre han sido deberes básicos y elementales de los cónyuges– podrían quedar sin sanción en caso de incumplimiento. Es decir, la legislación argentina vació al matrimonio de contenido. Lo transformó en una cáscara vacía. En definitiva, lo destruyó dejando en su lugar un nombre y una apariencia”²².

Como ha dicho Jesús Trillo Figueroa, el matrimonio entre personas del mismo sexo “es el paso más importante dado por el feminismo en su camino hacia la supresión de la diferencia sexual, porque el ámbito donde la diferencia sexual se manifestaba socialmente, y así era reconocido y protegido por el Derecho como un bien digno de ser jurídicamente protegible, era precisamente el matrimonio entre personas de diferente sexo... Una cosa era la igualdad ante la ley como una legítima aspiración a la justicia, sin que pudiera haber discriminaciones por razón del sexo; y otra muy diferente, que sea la ley la que cree la igualdad de lo que la realidad establece como diferente”. Y agrega Trillo Figueroa que la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido una conquista del feminismo socialista en el contexto de la “guerra contra la heterosexualidad, cuya manifestación jurídica institucional por excelencia es el matrimonio; es por ello que el objetivo inmediato de la ley es este: el matrimonio; pero el objetivo mediato es la normalización de la homosexualidad como equiparación a la heterosexualidad desde un punto de vista jurídico y ético”²³.

No se necesita ser muy perspicaz para advertir que lo que ha ocurrido con el matrimonio homosexual es la penetración lisa y llana

²² DE MARTINI, Siro, nota recién cit., pág. 154.

²³ “Una revolución silenciosa: La política sexual del feminismo socialista”, Madrid, 2007, cit. por DE MARTINI, Siro M.A., en la nota más arriba cit., “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”.

de la ideología de género en nuestro orden jurídico, en nuestra vida social y cultural, ideología que, en palabras de Siro De Martini, es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical o de género en las últimas décadas, con una singular eficacia.

7. También se ataca a la familia mediante el debilitamiento de la autoridad de los padres sobre sus hijos

Quiero destacar con respecto a la relación entre padres e hijos, que el Código Civil y Comercial eliminó la mención de una serie de derechos de los padres que se hallaban contenido en el derogado Código Civil, tales como el de ejercer la autoridad sobre sus hijos (art. 265 y concordantes), reclamarles lo necesario para sus necesidades en todas las circunstancias de la vida que le sean indispensables (art. 266), fijar la residencia de sus hijos menores (art. 275), y corregir o hacer corregir la conducta de los mismos durante su minoría de edad (art. 278). En lugar de lo cual, en el nuevo Código se les da a los hijos una serie de derechos que de alguna manera socavan la autoridad de sus padres, como, entre otros, el tener los progenitores que respetar el derecho de los hijos a participar en su proceso educativo.

Además, el Código pretendió eliminar el deber de corrección que los padres tienen con respecto a sus hijos menores de edad, que como recién recordé, resultaba del artículo 278 del anterior Código, deber que, según se afirma en los Fundamentos del nuevo Código, ha quedado derogado. No obstante, parece claro que mientras los padres tengan el deber de educar a los hijos, tienen también el deber de corregirlos, lo que no implica, naturalmente, que puedan hacerlo mediante la utilización del maltrato físico ni corporal, ni la humillación o la vejación.

Y con respecto al deber de *obediencia* contenido en el artículo 266 del Código Civil, como pareciera que para los redactores del actual

Código la obediencia sería algo repudiable, ahora se la menciona como el *deber de cumplir con las decisiones de los progenitores*; pero cuidado: de acuerdo al actual inciso b) del artículo 671, no siempre es así, sino en tanto y cuanto dichas decisiones de los padres no contraríen el interés superior del hijo, que no se aclara quién debe determinarlo. No puedo sino preguntarme si cuando el hijo no quiere obedecer una instrucción de sus padres, éstos deben tener que iniciar una acción judicial para que el juez decida si esa instrucción contraría o no su interés superior. Demás está señalar los efectos deletéreos que dicha disposición puede traer aparejados sobre la autoridad de los padres, lo que también ocurre, por ejemplo y entre otras, con la necesidad de contar con el consentimiento expreso del hijo de trece o más años para administrar sus bienes o para viajar con él al exterior del país (art. 645, incisos c y e), o con la disposición establecida en el artículo 26 del Código, que presume que desde la temprana edad de trece años el menor tiene aptitud para decidir por sí *respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física*, debiendo el mismo prestar consentimiento para realizar un tratamiento médico en el supuesto de que se diera alguna de esas circunstancias. Todo lo cual también constituye un claro ataque a la familia, fundamentalmente, a la autoridad de los padres, que aparece seriamente menoscabada, siendo el sistema instaurado en el Código peligrosamente irreal, el cual no beneficia a los hijos, pues el retaceo y el debilitamiento de la autoridad paterna terminarán afectando su buena formación y sólido desarrollo.

Los redactores del Código han confundido autoridad con autoritarismo, pareciendo haber olvidado que, como ha sostenido Joseph Ratzinger cuando era Cardenal de la Iglesia, “es propio de la naturaleza del hombre necesitar una autoridad”²⁴. Resulta claro que la autoridad de los padres no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como natural objetivo cuidar físicamente a los hijos y velar

²⁴ “La sal de la tierra. Cristianismo e Iglesia Católica ante el nuevo milenio”, Madrid, 1997, pág. 253.

por su formación moral y espiritual, en sentido amplio, ejerciendo el indispensable control de conducta y asumiendo la consiguiente responsabilidad que los actos de los hijos pudiesen generar. Corral Talciani ha dicho que la reacción ocurrida frente a la regulación anterior de la familia, “llega al extremo opuesto de desintegrar la familia en un individualismo hedonista que sólo valora la unión familiar en términos de funcionalidad (si sirve para satisfacer los intereses o derechos individuales), no como comunidad de personas con valor *per se*”²⁵.

8. Conclusiones

De lo hasta aquí dicho cabe poner el acento en la relevancia de la familia, base de la sociedad e institución anterior al Estado, en la que existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco, que tiene su basamento en la naturaleza y cuya finalidad consiste en procurar a sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales.

De lo que resulta que la familia debe estar formada –al menos en su inicio– por la unión de un hombre y una mujer, así como por los hijos que puedan venir. Creo que la familia no sólo resulta de la unión matrimonial, sino también de la de hecho, siempre que ésta tenga estabilidad y exclusividad.

Al ser la familia un dato de la naturaleza, anterior al Estado, éste no puede desconocerla ni entrometerse en cuestiones tan básicas y privativas de la familia como es la procreación y la educación de los hijos, tanto en el campo civil como en el espiritual –cuestiones que pertenecen a los padres–, sin perjuicio de lo cual, el Estado debe intervenir cuando aquéllos no se ocupen de que sus hijos desarrollen

²⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 32, n° 3, p. 433, IV.

sus capacidades mediante la educación, ni tampoco de cuestiones tan básicas como la salud corporal.

Pues bien, no obstante la relevancia decisiva de la familia en la existencia y desenvolvimiento de la sociedad, el Código Civil y Comercial de la Nación la ha debilitado, como también al matrimonio, al mantener la posibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo y la increíble facilidad establecida para decretar el divorcio, debiendo asimismo destacar el debilitamiento establecido en la nueva normativa con respecto a la autoridad de los padres sobre sus hijos. Todo lo cual se ha potenciado con la actual declinación de las convicciones éticas y morales, así como de las religiosas de los individuos, como de la sociedad en su conjunto.

Influencia del derecho público en el derecho de familia¹

Por Eduardo A. Sambrizzi

1. El derecho de familia integra el Derecho Privado

Sabido es que la complejidad que por diversas razones –que no es del caso analizar aquí– se ha ido produciendo a lo largo del tiempo en las relaciones interpersonales –en sentido amplio–, tanto a nivel nacional como internacional, ha llevado a que las normas jurídicas que las regulan se hayan ido haciendo cada vez más profusas y complejas, lo cual, como es fácil de advertir, ha hecho que las mismas se hayan ido desdoblado casi necesariamente, en diferentes ramas del derecho. Una de las cuales es la que se ha dado en denominar derecho de familia, que está constituido por el conjunto de normas que regulan, fundamentalmente, las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia², como también las de éstos con terceros³.

¹ Comunicación presentada por el autor al X Congreso de Academias Jurídicas de Iberoamérica, celebrado en la ciudad de Madrid, España, del 22 al 24 de noviembre de 2018.

² Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 1, p. 50, parágr. 15; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, *Derecho de Familia*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, 2017, pág. 12, VIII.

³ Cuando por aplicación del ordenamiento jurídico se produce una relación entre dos o más personas

Por encontrarse esas relaciones regidas por normas que en su mayor parte eran consideradas de orden público⁴, en otras épocas se ha cuestionado la pertenencia del derecho de familia al derecho privado, lo que actualmente puede darse por superado, encontrándose incluidas la mayor parte de sus disposiciones ya sea en los Códigos Civiles de los distintos países, como es en la República Argentina o en España, o en Códigos especiales que se ocupan particularmente del tema.

También se ha discutido en doctrina si el derecho de familia es una rama distinta del derecho civil, o si, por el contrario, forma parte del mismo, habiéndose llegado a la conclusión de que carece de una autonomía propia, por cuanto se encuentra dentro del ámbito del derecho civil, de donde tradicionalmente ha formado parte⁵. Lo que a nuestro juicio es así, no obstante poseer ciertas reglas o caracteres propios, lo que no alcanza a desvirtuar su pertenencia al derecho privado, y particularmente, al derecho civil, cuyas normas le resultan en su mayor parte aplicables.

Lo antes afirmado con respecto al carácter de orden público de una parte de dichas normas, hace que los individuos tengan limitada –o vedada– la posibilidad de modificar sus contenidos, aunque esa circunstancia no implica que el derecho de familia pertenezca al derecho público, ni tampoco que esas disposiciones formen una rama del derecho distinta al civil, existiendo también en este último disposiciones que los particulares no pueden modificar, como son, por lo general, las que legislan, por ejemplo, sobre los derechos reales, o

miembros de una familia, destinada a regir intereses familiares, se dice que se produce una *relación jurídica familiar*.

⁴ Conf., entre muchos otros, GNECCO, EMILIO P., Estudios de Derecho Privado, Buenos Aires, 2008, ps. 21 y sigte.; PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 53 y sigte., n° 34; MINYERSKY, NELLY y LEVY, LEA, “La autonomía de la voluntad y la adopción”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 15, año 1999, ps. 69 y sigte.; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, Derecho de Familia, cit., pág. 14, X.

⁵ MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, Derecho de Familia, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 3, parágr. 5; PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 51 y sigte., n° 32; BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 1 y sigtes. Véase, asimismo, de este último autor, “Derecho de Familia”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. I, Buenos Aires, 1991, ps. 828 y sigtes.

sobre la capacidad de las personas, en las que también campea el orden público, no teniendo los individuos, como norma general, libertad para actuar. Tampoco es decisivo al respecto que en el derecho de familia exista un interés público, ya que ese interés también está presente en el derecho civil, encontrándose en el derecho de familia entreverado el interés público con el privado.

En similar sentido, Zannoni afirma que el derecho de familia se integra en el derecho civil en razón de la materia, aunque el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer en determinados supuestos, contenidos de orden público. Agrega dicho autor que aunque estén en función de la satisfacción de intereses familiares, dichas relaciones no dejan de ser relaciones de coordinación entre personas⁶. Belluscio coincide con lo expresado, y afirma que si bien el derecho de familia tiene ciertas particularidades que lo distinguen de otras divisiones del derecho, también las demás divisiones las tienen, las que son fundamentalmente didácticas, encontrándose todas sus ramas íntimamente interrelacionadas, sin constituir compartimentos estancos⁷.

2. Contenido del derecho de familia

Al contener el derecho de familia disposiciones que se ocupan, en lo fundamental, como más arriba recordamos, de las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia, tanto de carácter personal como patrimonial, las mismas regulan las distintas cuestiones relacionados con la procreación, la filiación y la adopción, el matrimonio y las uniones de hecho, las relaciones paterno-filiales y las parentales, como también las cuestiones de la tutela y la curatela, así como las de carácter patrimonial de los integrantes de la familia (bienes con-

⁶ ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. 1, ps. 52 y sigtes., especialmente p. 56, 3), parágr. 18.

⁷ BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, *Manual de Derecho de Familia*, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 31, parágr. 9, f).

yugales, administración y disposición de los mismos, disolución y liquidación de la comunidad conyugal, bienes de los hijos), y de un tiempo a esta parte, la bioética, la eugenesia y la eutanasia.

3. El papel de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia

El carácter imperativo que, como resulta de lo antes expresado, tiene una buena parte de las normas que integran el derecho de familia, las hace *indisponibles*, por lo que tradicionalmente, en esta materia el principio de autonomía de la voluntad ha tenido en la Argentina escaso margen de actuación, no pudiéndose, en líneas generales, “alterar la estructura natural objetiva que mejor garantiza el cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de la familia”⁸; lo que posiblemente sea de esa manera por la circunstancia a la que alude Borda, que pone el acento en que el derecho de familia está influenciado más que ninguna otra rama del derecho por ideas morales y religiosas⁹, lo que efectivamente es así, dado el contenido de las materias que regula.

La voluntad de las partes ha jugado, por tanto, un papel restringido, como puede advertirse, por ejemplo y entre aspectos, en lo relativo a la relación de los padres con sus hijos en cuanto a la obligatoriedad de su educación y proveimiento de su sustento, o con respecto a los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia entre los esposos, o el de contribuir a las cargas del matrimonio; etc., etc. De igual manera, a nadie se le ha ocurrido, hasta ahora, pretender modificar por la voluntad de las partes el alcance de los impedimentos matrimoniales¹⁰, ni tacharlos de inconstitucionales.

⁸ CONEN, CRISTIAN y ORTELLI DE BISCOTTI, ANA MARÍA, “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”, LA LEY, 2004-B, 1066.

⁹ Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., cit., t. I, p. 4, n° 3, a).

¹⁰ Los que se encuentra contenidos en los arts. 403 del Cód. Civil y Comercial, y 13 de la ley 12.331, que se refiere a las enfermedades venéreas en período de contagio.

En cambio, el papel de la voluntad tiene, como norma general, en el resto del Derecho Civil, un margen más amplio, debiendo al respecto recordar el contenido del artículo 958 del Código Civil y Comercial, que dispone que *las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*. Como también el artículo 2651, en cuya primera parte se establece que *los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones*. Cabe no obstante señalar que ello no siempre y necesariamente es de esa manera, para lo cual basta con recordar lo normado para los derechos reales por el artículo 1884 del referido Código, que en su primera parte dispone que *la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura*.

Existe sin duda una tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público, que bien podemos decir que constituye un valladar a la libre voluntad de las partes, pues donde existe el orden público, se acaba la autonomía, debiendo el legislador alcanzar un justo equilibrio entre ambas cuestiones, de manera tal que permita satisfacer los derechos involucrados. Desde antaño se ha admitido una diferenciación entre las relaciones jurídicas familiares de carácter personal, en comparación con las de carácter patrimonial –en las que se es más laxo–, habiéndose destacado en las Conclusiones a las que se arribó en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Rosario en el año 2003, que “las reglas que garantizan la igualdad, la solidaridad y responsabilidad familiar y la protección de los hijos deben considerarse de orden público”.

En la doctrina argentina existe una mayor receptividad de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones que conciernen

a la intimidad de la persona¹¹, en que resulta aplicable el artículo 19 de la Constitución Nacional¹², que está ceñido a los hechos o *acciones privadas*, que no pueden situarse en el mismo plano que las normas¹³. Aparte de lo cual, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, al haberse ampliado la posibilidad por parte de los individuos de hacer uso de la autonomía de la voluntad en determinados supuestos. En efecto, existen ciertas cuestiones puntuales en las que el papel de la voluntad es relevante, debiendo al respecto recordar, entre otras disposiciones, el artículo 629 inciso c) del Código Civil y Comercial, que permite cuando la persona adoptada fuere mayor de edad, revocar la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente; o transigir con respecto a cuestiones en las que no se encuentre comprometido el orden público o sobre derechos renunciables, o sobre derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia (art. 1644). Pueden también las partes, en el caso del divorcio, efectuar acuerdos sobre sus efectos, siempre que no se perjudique de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar (art. 438). Asimismo y entre otros supuestos en los que se admite la actuación de la voluntad de los interesados, los progenitores pueden acordar sobre el cuidado personal de los hijos, salvo que resulte perjudicial para estos (art. 651 y concordantes). Una persona puede contraer matrimonio, encontrándose al respecto en juego su autonomía, que puede hacer valer al respecto, pero, a la vez, existen ciertas limitaciones al respecto (edad mínima, parentesco, matrimonio anterior subsistente, falta de salud mental), debiendo además para casarse, cumplir con determinadas formalidades. Lo

¹¹ Véase al respecto, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 15, p. 9.

¹² Dicha norma establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹³ MAZZINGHI, JORGE A., “Los temas de familia en las XIX Jornadas de Derecho Civil (Rosario, septiembre 2003)”, I, ED, 205-918.

mismo es, por ejemplo, para divorciarse, pues si bien actualmente no existe en la Argentina la necesidad de tener que invocarse causa alguna ni la existencia de un tiempo mínimo de matrimonio, la voluntad no resulta suficiente para obtener el divorcio, ya que se requiere la existencia de un juicio en el que un juez debe dictar una sentencia. Y así con la mayor parte de las distintas instituciones del derecho de familia.

4. La constitucionalización del derecho de familia

Pero a la vez de haberse, por un lado, ampliado en parte el papel de la voluntad con respecto a determinadas cuestiones relacionadas con el derecho de familia, por otro, se lo ha limitado al haberse incorporado a la Constitución ciertas normas propias del derecho privado que antes eran legisladas prácticamente con exclusividad por el derecho civil, que por tal motivo, han pasado a ser consideradas de carácter indisponible.

Normas que se ocupan de la persona humana y de la tutela de los derechos del hombre, el honor, la privacidad, la integridad física, la igualdad entre los sexos, los derechos de los niños, han sido incorporadas a la Constitución, cuya supremacía sobre las restantes normas hace que su contenido quede por encima de otras normas legales no incorporadas a la misma y, por tanto, consideradas de inferior jerarquía; aun cuando no puede negarse la correlación existente entre las normas constitucionales y las del Código Civil y Comercial¹⁴. Con la incorporación de dicha especie de normas a la Constitución, se ha dejado de lado el enfoque según el cual las Constituciones deben contener en su casi totalidad disposiciones relacionadas con el Derecho público, produciéndose así la denominada *privatización del derecho constitucional*, o *constitucionalización del derecho pri-*

¹⁴ Véase al respecto, LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, Tratado de Derecho de Familia, dirigido por Adriana N. Krasnow y coordinado por Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk, AA.VV., Buenos Aires, 2015, tomo I, págs.. 132 y sigs.

vado, y en particular, del derecho de familia¹⁵. A esta altura es importante destacar que ciertos principios contenidos en las normas constitucionales, fueron particularizados en una serie de derechos a los que se les ha dado un relevante contenido social, produciéndose de tal manera lo que se dio en llamar el *constitucionalismo social*; aunque desde ya que esa tarea no fue patrimonio exclusivo de las normas constitucionales dictadas desde comienzos del siglo XX, ya que en innumerables oportunidades la Iglesia ha puesto el acento sobre el reconocimiento y la necesidad de la protección y el desarrollo de esos derechos, debiendo al respecto recordar, entre otras, la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, así como numerosos documentos y Encíclicas posteriores que condenan los totalitarismos de cualquier signo, que conculcan los derechos del hombre.

Si bien la Constitución Argentina ha sido una de las primeras que reconoció dentro del texto constitucional del año 1853 una serie de derechos fundamentales del hombre, tales como el de propiedad (art. 17), el de privacidad (art. 19), el derecho a casarse y a testar (art. 20), así como los derechos implícitos contenidos en el artículo 33 (que han dado lugar a una frondosa doctrina y jurisprudencia sobre su contenido), la Reforma practicada a la Constitución en el año 1994 incorporó una serie de derechos que hasta entonces eran regulados por el derecho privado, dándoles de tal manera jerarquía constitucional. Recordamos al respecto, entre muchas otras, las disposiciones referidas a la preservación del medio ambiente; la que reconoce los derechos del consumidor y del usuario; la acción de amparo *contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con*

¹⁵ En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, que fue sancionado y rige actualmente en la Argentina, se afirmó, entre otros conceptos, que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al re-ceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (arts. 41 a 43).

Pero quizás la incorporación más relevante a la Constitución por la reforma del año 1994, ha sido la inclusión en el inciso 22 del artículo 75, de una serie de Tratados de carácter internacional que contienen determinados principios y derechos subjetivos que, como señalamos, pueden ser directamente reclamados, y que tienen una importante incidencia en la materia que nos ocupa. Ellos son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Dichas Convenciones fueron incorporadas *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Con posterioridad se han incorporado a la Constitución otras Convenciones, como la denominada Convención de Belém do Pará, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Como afirman Graciela Medina y Eduardo Roveda, a partir de la incorporación a la Constitución de los tratados de Derechos Humanos, “se crea un nuevo marco normativo, que modifica substancialmente el Derecho de Familia y fundamentalmente cambia los principios que históricamente han regido en nuestro ordenamiento jurídico familiar”¹⁶.

¹⁶ MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo A., Derecho Civil y Comercial. Derecho de Familia, cit., pág. 25.

5. Distintos principios de derecho de familia o relacionados con esa rama del derecho contenidos en la Constitución, fueron recogidos en el Código Civil y Comercial

Varios son esos principios, de los que nos limitaremos a recordar los más relevantes, debiendo señalar que el Código Civil y Comercial ha recogido en distintas normas diversos conceptos contenidos en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; o sea, en las distintas Convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Argentina en el art. 75 inciso 22.

1) El derecho a la vida

Distintas Convenciones incorporadas al precitado artículo 75 inciso 22 de la Constitución admiten que todo ser humano tiene derecho a la vida, debiendo al respecto comenzar por poner de relieve que en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, se establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966, dispone en su artículo 6° que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*.

Recordamos asimismo el contenido del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más conocida en la Argentina como Pacto de San José de Costa Rica–, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, en el cual se afirma que *toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho será protegido por la ley, y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado de la vida arbitrariamente...* Como se advierte, a diferencia de las anteriores, en esta última Convención se establece en forma expresa que la vida humana debe ser protegida desde la concepción, aunque deja abierta

la posibilidad de que los distintos países establezcan excepciones al respecto en su legislación interna¹⁷, como podría ocurrir con relación a la despenalización del aborto en determinadas circunstancias excepcionales.

Cabe asimismo poner de relieve que tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone que la pena capital no podrá ser aplicada a una mujer embarazada, lo cual, como bien señala Romeo Casabona, significa un claro –aunque indirecto– reconocimiento de interés en la protección de la vida de la persona concebida, distinto al interés de la vida de la madre, que en ese supuesto, se debe salvaguardar¹⁸.

No debe olvidarse asimismo que al aprobar mediante la ley 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, la Argentina formuló una reserva al artículo 1° de la Convención, en el sentido de que debía interpretarse que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*. Además, en el artículo 6° se establece que *los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*, y en el Preámbulo se recuerda lo ya expresado en la Declaración de los Derechos del Niño que fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1959, sobre que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*; a su vez, en el artículo 24.2.d) se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para *asegurar atención sanitarias prenatal y postnatal apropiada a las madres*. De lo cual también se puede afirmar el reconocimiento del derecho a la vida desde antes del nacimiento.

¹⁷ En cambio, en el artículo 19.1. de la Constitución de Chile se establece, sin excepción alguna, que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

¹⁸ El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid, 1994, p. 53.

No podemos asimismo dejar de señalar que en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución, se dispone, entre otras cuestiones, la protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo.

Pues bien, ese derecho a la vida también ha sido recogido en el Código Civil y Comercial, en distintas disposiciones de las que resultan la responsabilidad civil por daño a la persona, recordando, entre otros, los artículos 1737 y siguientes, y en particular, el artículo 1745, que se refiere a la indemnización por fallecimiento.

2) El derecho a casarse y a constituir una familia

Dicho derecho no sólo está reconocido explícitamente en el artículo 20 de la Constitución Argentina, sino también en varias de las Declaraciones y Convenciones enumeradas en el artículo 75 inciso 22; tales son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

También en distintas normas desde el artículo 401 en adelante, el Código Civil y Comercial se ocupa del matrimonio y de la familia –tanto de la matrimonial como de la extramatrimonial–, a la que protege en forma amplia, no solo a sus integrantes sino también a su patrimonio, y particularmente, al hogar conyugal o familiar, en el que residen quienes integran la familia.

3) Derechos y deberes de los niños y de los padres

Esos derechos se encuentran reconocidos en distintos documentos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución, tales como en la Declaración Americana de los Derechos y Debe-

res del Hombre¹⁹, y la Convención sobre los Derechos del Niño, en varias de cuyas normas se establecen dichos derechos y deberes respecto de distintas cuestiones, tales como, entre otras, a que se les provea educación, asistencia y alimentación; el derecho de los hijos a la vida, a la salud, a tener un nombre y una nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, y a preservar su identidad; a no ser discriminados o castigados por causa de su condición, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres, tutores o familiares; a no ser separados de sus padres y ser protegidos en caso de separación de aquéllos; a ser oídos en juicio; a respetar su libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, así como de expresión; a la libertad de asociación; a acceder a la información; etc., etc.

Varias son asimismo las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial, referidas a los derechos y deberes tanto de los niños como de sus padres, los que se encuentran contenidos fundamentalmente en el título VII del Libro Segundo del Código, que se ocupa de la responsabilidad parental, que de acuerdo al artículo 638, consiste en *el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral...*

4) La igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio, y entre las mujeres y los hombres

Si bien la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se encuentra reconocida en el Código Civil y Comercial (art. 558), en el inciso 5 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se dispone que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

¹⁹ El art. XXX de la misma dispone que “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

Y en cuanto a la igualdad entre la mujer y el hombre, que la legislación argentina también reconoce, recordamos al respecto el contenido en tal sentido de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, debiendo destacar que bien se puede afirmar que donde se respeta la igualdad, no existe la discriminación.

5) La inviolabilidad de la vida humana y el respeto de su dignidad

Siguiendo las pautas establecidos en distintas Convenciones incorporadas a la Constitución, el Código Civil y Comercial dispone que *la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad* (art. 51). También se establece en dicho Código que *la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...* (art. 52).

6) El principio del interés superior del niño

Dicho principio, que se encuentra contemplado en distintas disposiciones del Derecho de Familia, tanto en la ley 26.061²⁰, como también en el Código Civil y Comercial, ha sido tomado de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el art. 3.1. establece que

²⁰ En el art. 3º de esa ley se establece que “a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, madurez, grado de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida... Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño.

7) El derecho a la identidad

Y en cuanto al derecho a la identidad, particularmente de los niños, reconocido por los arts. 7^{o21} y 8^{o22} de la precitada la Convención sobre los Derechos del Niño, fue explicitado en el art. 11^o de la ley 26.061, como también –aunque quizás no con la necesaria amplitud– en el artículo 564 del Código Civil y Comercial, referido a la filiación derivada de las técnicas de procreación artificial, y en los arts. 595 inc. b) y 596 de dicho Código, para la adopción. Además de haberse establecido en forma expresa en el art. 587, del que resulta –siguiendo una jurisprudencia anterior– el derecho del niño de reclamar el daño que le hubiera sido causado por la falta de reconocimiento paterno.

6. Incidencia de los tratados con jerarquía constitucional en la resolución de conflictos relacionados con el derecho de familia

De más está señalar la incidencia de los Tratados incorporados a la Constitución en cuestiones relacionadas con el derecho de familia, lo que permite invocar su contenido ya sea en forma directa para el ejercicio de algún derecho, o para requerir con fundamento en los mismos, la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas del

²¹ En el punto 1. de este artículo, se dispone que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

²² Dicha disposición establece: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas...”

Derecho civil, o hasta inclusive considerarlas derogadas por estimar que se contraponen al ejercicio de derechos establecidos en la Constitución. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución, sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio²³.

En la praxis judicial, dichas nuevas normas constitucionales han sido interpretadas de una manera tan amplia, que han llevado a dejar de lado en su aplicación al caso, soluciones expresas dispuestas en normas establecidas en el Código Civil y Comercial. Valga como ejemplo el principio del *interés superior del niño*²⁴, contenido entre otras disposiciones, en la Convención sobre los derechos del Niño –que tiene jerarquía constitucional al encontrarse incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución–, que se ha hecho valer de una manera demasiado flexible, hasta el punto de admitirse el carácter de madre del nacido por parte de la mujer que contrata a otra para que geste un hijo para ella mediante la aplicación de una técnica de procreación asistida, dejándose así de lado una disposición como la del artículo 562 del referido Código, que establece que madre de la persona nacida es la que lo gesta.

Asimismo, entre otros ejemplos recordamos la disposición establecida en el artículo 595 inciso f) del precitado Código, que requiere el consentimiento de la persona a ser adoptada, cuando ésta tuviera al menos diez años de edad; pensamos que dicha norma podría ser considerada inaplicable en el caso particular de que se entendiera que es en *interés superior* del adoptando que se decreta su adopción no obstante la expresa negativa de éste. De igual manera, para autorizar a un niño a salir del país, el artículo 645 inciso c) de

²³ Fallos, 239:459, y 241:291. Recordamos asimismo que el primer párrafo del artículo 1° del Código Civil y Comercial dispone que *los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*.

²⁴ Dicho principio se encuentra definido por el art. 3° de la ley 26.061 como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”

dicho Código requiere no sólo el consentimiento expreso de ambos padres, sino también el del menor, en el supuesto de que éste tuviera al menos trece años de edad; pero si el mismo se negara al respecto, entendemos que podría obviarse su consentimiento si se entendiera que su *interés superior* consistiera en viajar al exterior para atenderse de una dolencia grave que en el país no tuviera curación.

Tal es la implicancia de las normas constitucionales, que se ha llegado a afirmar la existencia de un derecho civil constitucional, constituido por el derecho civil contenido en la Constitución –fundamentalmente, en los Tratados más arriba recordados enumerados en el artículo 75 inciso 22–, en que el contenido o marco genérico lo aporta el derecho constitucional, y el derecho civil opera como complementador²⁵.

Aparte de lo ya expresado al respecto, recordamos el cuestionamiento que se ha hecho con fundamento en la Constitución, de distintas disposiciones insertas en el derogado Código Civil, que eran consideradas poco menos que “intocables”, habiéndose declarado por distintos tribunales la inconstitucionalidad del plazo de un año establecido en el artículo 259 de dicho Código para poder el marido impugnar la paternidad que se le endilga de acuerdo a la presunción de paternidad que resultaba del artículo 243, o por no poder un tercero interesado cuestionar la paternidad de un hombre casado; o la inconstitucionalidad que declaró el Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de la ciudad de Rosario con fecha 14 de noviembre de 2006²⁶, del plazo de tres años sin voluntad de unirse establecido por el artículo 214 inciso 2° del Código Civil para poder requerir que se decrete el divorcio, por considerarlo demasiado extenso, arrogándose

²⁵ PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 60.

²⁶ LA LEY, 2007-B, 648, con nota crítica de VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “El divorcio versus la Constitución Nacional”; LA LEY, 2008-B, 10, con nota también crítica de DIEGUES, JORGE ALBERTO, “Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución”; y *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, mayo-junio 2007-II, p. 151, con nota aprobatoria de GÓMEZ, CLAUDIO D. y SALOMÓN, MARCELO J., “Inconstitucionalidad del art. 214, inciso 2°, C. Civil: un aporte más al debate sobre la autonomía personal en el derecho de familia”.

de tal manera –según se afirmó– facultades que sólo pertenecen al Congreso de la Nación, que es el único que se encuentra autorizado por nuestra Constitución para derogar o modificar las leyes. Dichas cuestiones también pueden actualmente presentarse con el vigente Código Civil y Comercial, con respecto a los plazos de caducidad establecidos para reclamar la filiación (art. 582) o para impugnarla (art. 588), como asimismo para impugnar la filiación presumida por la ley (art. 590), o negarla (art. 591), o para impugnar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 593).

7. Conclusiones

De lo hasta aquí visto puede por de pronto concluirse que el Derecho de Familia constituye una rama del Derecho Civil, lo que hace que pertenezca al Derecho privado, a lo que no obsta el carácter de orden público y, por tanto, imperativo, que ostentan muchas de sus normas. No obstante, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, habiéndose ampliado el papel de la autonomía de la voluntad en ciertas cuestiones que forman parte del derecho de familia, debiendo el legislador tratar de alcanzar un justo equilibrio en la tensión existente entre ambas situaciones.

Sin perjuicio de lo cual, de un tiempo a esta parte se han incorporado a las Constituciones, y particularmente a la Constitución argentina, distintas disposiciones relacionadas con los derechos humanos y el derecho de familia, que de alguna manera han limitado la apertura que venía ocurriendo en ese Derecho con respecto a la autonomía de la voluntad de los individuos. Autonomía que no obstante los esfuerzos que resultan al respecto del contenido del Código Civil y Comercial, ha perdido en parte la fuerza original que se le quiso dar en el Código, en razón de la aplicación de distintas normas incorporadas a la Constitución.

Cabe por último poner de relieve la incidencia a la que hemos aludido en el curso de este trabajo, que tienen las normas contenidas en la Constitución en la resolución de los conflictos relacionados con el derecho de familia.

