

Derecho Privado

AÑO II NÚMERO 6

Reforma del Código Civil V
Familia y Sucesiones

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 6

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-7582

Revista Derecho Privado

Año II - N° 6 - Septiembre 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Barbier
Alberto Bueres
Carlos Clerc
Javier Cosentino
Pablo Heredia
Carlos Hernández
Marisa Herrera
Claudio Iglesias Darriba
Héctor Iribarne
Aída Kemelmajer de Carlucci
Jorge Kielmanovich
Ángela Ester Ledesma
Luis F. P. Leiva Fernández
Gonzalo Nazar de la Vega
María Paula Pontoriero
Julio César Rivera
Claudia Sbdar
Rubén Stiglitz
Eduardo Zannoni

Editorial

El presente número es el quinto —y último— que dedicamos al estudio de los principales aspectos del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado que se encuentra actualmente en tratamiento en el Congreso de la Nación. En esta oportunidad, el lector encontrará diversos trabajos atinentes a las reformas en materia de familia y sucesiones, uno de los aspectos que mayor debate y controversia han generado desde la presentación del Proyecto.

En efecto, a diferencia de lo que sucede con otros ámbitos del derecho civil —en los cuales el Proyecto mantiene, en sustancia, las soluciones hoy vigentes, aunque con algunas innovaciones trascendentes y una redacción que gana en simpleza y claridad—, las modificaciones que se proponen en materia de familia implican un giro copernicano en aspectos tan sensibles como el divorcio o la maternidad subrogada.

Lo antedicho no es casual, pues si todo el derecho debe evolucionar en forma acorde con la modificación de los paradigmas sociales, más aún debe hacerlo el especial ámbito del régimen jurídico familiar, donde es preciso adoptar una normativa congruente con los principios y creencias que sustentan a la sociedad argentina actual.

Los trabajos que integran este número se refieren específicamente a diversas temáticas abordadas por el Proyecto tales como la adopción, la figura de la familia ensamblada en la legislación propuesta, la novel institución de las uniones convivenciales, el divorcio sin expresión de causa, etc. A su vez, y en materia de sucesiones, se aborda la modificación de la legítima, como así también la mejora que, en este aspecto, se proyecta para los ascendientes y descendientes con discapacidad.

Todas estas cuestiones, cuyas implicancias prácticas y simbólicas son muy importantes, merecen ser estudiadas y debatidas a fondo. Esperamos que

EDITORIAL

las páginas subsiguientes, que reflejan distintas posturas en relación a los textos propuestos, contribuyan a ese propósito, y aporten a la discusión pública del Proyecto.

Nuevamente debemos agradecer a todos los autores que han contribuido a enriquecer este número con sus valiosos aportes, así como a nuestros lectores por su siempre renovado interés en nuestra publicación.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

El legado de cosa indivisa y el legado de gananciales
en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por CARLOS ARIANNA y GUILLERMO OCAMPO..... p. 3

Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por MABEL A. DE LOS SANTOS..... p. 13

El desafío al tiempo en la adopción

por SILVIA EUGENIA FERNÁNDEZ..... p. 35

El rol del juez de familia en el derecho proyectado

por MARIELA GONZÁLEZ DE VICEL..... p. 63

Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil

por CECILIA P. GROSMAN..... p. 85

La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar

por MARISA HERRERA..... p. 109

Libertad con responsabilidad y solidaridad.

La regulación de las uniones convivenciales

por NORA LLOVERAS..... p. 147

Los límites a la libertad en el régimen de bienes

por MARIEL F. MOLINA DE JUAN..... p. 167

Vulnerabilidad y derecho sucesorio.

La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad

por OLGA ORLANDI..... p. 197

Del divorcio causado al divorcio sin expresión de causa

por MARÍA VICTORIA PELLEGRINI..... p. 223

ÍNDICE GENERAL

La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial
por ALBERTO PESTALARDO e INÉS BERASATEGUI p. 241

La regulación de la legítima en el Código Projectado:
Constitución Nacional, orden público y autonomía personal
por MARCELO J. SALOMÓNp. 279

Fuentes citadas p. 297

Índice Temático p. 313

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Doctrina

El legado de cosa indivisa y el legado de gananciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por **CARLOS ARIANNA**⁽¹⁾ y **GUILLERMO OCAMPO**⁽²⁾

I | Legado de un bien en condominio. El régimen actual y el proyectado

El actual art. 3753 establece que “El legado de cosa que se tiene en comunidad con otro vale sólo por la parte de que es propietario el testador...”.

La disposición no ofrece dificultad si el estado de condominio se mantiene hasta la muerte del testador, pues no ha hecho más que legar lo que le pertenece (arts. 2676 y 2677). Tampoco la habrá, si el causante dispone

.....

(1) Abogado y especialista en Derecho de Familia (UBA). Profesor Regular Adjunto de Familia y Sucesiones y de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UBA). Profesor Invitado de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad del Litoral. Autor de diversos artículos para publicaciones jurídicas. Colaborador en la Enciclopedia de Derecho de Familia. Coordinador de la obra *El Derecho de Familia y Sucesiones en la Jurisprudencia Nacional*.

(2) Abogado. Director General de SADAIC. Presidente de Latinautor y Miembro del Consejo Directivo de la CISAC. Profesor Adjunto de Derecho Civil V, Familia y Sucesiones, desde el año 1978 a la actualidad. Ejerce privadamente la profesión desde el año 1975 a la fecha. Ocupó diferentes cargos gubernamentales desde el año 1989: Asesor del Gabinete de Asesores del Secretario Legal y Técnico de la Presidencia de la Nación hasta llegar a Secretario de Justicia en el periodo 1997 a 1999. Es autor de diversos trabajos sobre su especialidad.

que los herederos adquieran las restantes porciones a fin de entregarle al legatario la cosa íntegra; en tal caso éste podrá exigir que los herederos la adquieran o su conversión en su justo precio (art. 3754).

Pero la solución se complica si la comunidad ha cesado antes del fallecimiento del testador y la cosa ha pasado íntegramente a su patrimonio. La falta de previsión en el Código ha motivado opiniones divergentes en la doctrina.

Zannoni afirma que si el testador, no obstante ser dueño de una parte indivisa al momento de otorgar el testamento, ha dispuesto de la totalidad de la cosa como si fuera dueño exclusivo, y la comunidad se extingue posteriormente —antes del fallecimiento del disponente— pasando la cosa íntegramente a su patrimonio, el legado es válido respecto de toda la cosa. Pero si sólo ha legado su parte indivisa el acrecentamiento posterior no tiene porque modificar el objeto del legado.⁽³⁾

Otros opinan que el art. 3753 no establece distinciones, por lo tanto debe aplicarse estrictamente la disposición y consecuentemente el legado es válido sólo por la parte alícuota que tenía el testador al momento de hacer el testamento. Se funda, además, en la nota al art. 3762 en la que Vélez Sarfield dice que las liberalidades “más bien deben restringirse que ampliarse”.⁽⁴⁾

Por último, otros argumentan que la interpretación exegética del art. 3753 que propone la doctrina arriba referida, no corresponde en este supuesto en el que deben aplicarse los principios generales relativos al condominio, de forma tal que si a la muerte del testador, éste es titular de la totalidad de la cosa legada, aunque haya mantenido la disposición sobre su parte indivisa, en virtud del efecto declarativo de la partición, se entiende que era titular del todo al momento de otorgarse el testamento y el legado será válido por la totalidad.⁽⁵⁾

(3) ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil- Derecho de las Sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, tomo II, pp. 539/541.

(4) MACHADO, JOSÉ O., *Exposición y comentarios del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1898, t. 10, p. 130; DE GASPERI, LUIS, *Tratado de Derecho Hereditario*, Bs. As., TEA, 1953, t. 4, N° 594; FASSI, SANTIAGO, *Tratado de los testamentos*, Bs.As., Astrea, 1970, t. 1, N° 869, p. 504.

(5) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, t. 1, p. 418; FORNIELES, SALVADOR, *Tratado de las Sucesiones*, Bs. As., TEA, 1958, t. 2, p. 206.

Agregan que el efecto declarativo opera en todos los supuestos que el cese de la indivisión se produzca por cualquier acto a título oneroso, quedando excluidos aquellos supuestos en que el copropietario acrezca a la totalidad del dominio por un acto a título gratuito. El título oneroso para posibilitar las consecuencias establecidas en el art. 2695 es una condición estricta porque “un acto a título gratuito no se propone separar o determinar las partes, que es lo que persigue la partición”, ya que es sabido que si media donación y el que la realizó queda en estado de insolvencia, los acreedores pueden hacerla revocar “y porque el que dona no tiene por objeto dividir la cosa”.⁽⁶⁾

Por último, importa destacar que los defensores de esta solución acotan que, por imperio de lo dispuesto por el art. 2696 del CC, ella se aplica sólo en el caso de que el testador sobrevenga propietario de la totalidad de la cosa, ya que si sólo se limitara a adquirir partes indivisas de sus condóminos, pero no la totalidad de la cosa, el legado sólo valdrá por lo que el testador tenía al momento de hacer su testamento conforme lo establece el art. 3753.

Dispone el primer párrafo del art. 2508 del Proyecto de Código Civil y Comercial que “El legado de un bien cuya propiedad es común a varias personas transmite los derechos que corresponden al testador al tiempo de su muerte”. La disposición reproduce la solución del proyecto de 1998 (art. 2452).

El régimen propuesto comporta un apartamiento sobre la disposición vigente e, inclusive, innova sobre las posiciones doctrinarias que han sido referidas.

En primer lugar, el Proyecto se aparta del criterio actual de que si el testador lega la cuota que le corresponde en el condominio, el legado vale por esa parte indivisa, con prescindencia del derecho que tuviera a la fecha de fallecimiento.

.....
N° 236; LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso. Sucesiones*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, t.2, p. 342, N° 507.

(6) SEGOVIA, LISANDRO, *Código Civil de la República Argentina*, Tomo 2, Bs. As., Félix Laoujane, 1894, p. 155; MACHADO, JOSÉ O., *op. cit.*, t.7, p. 117.

Puede ocurrir que a la fecha del testamento el testador resulte copropietario y luego aumente su participación en el bien legado, sea en forma parcial o sobre la totalidad del dominio, o a la inversa, que su fracción al tiempo de testar sea mayor que al momento del fallecimiento. En tales supuestos, el legado resultará válido por la proporción que el testador tenga a la fecha de la muerte.

Interpreta el legislador que si el testador, luego de efectuar el legado, aumenta o disminuye su titularidad en el bien ha variado su voluntad, no obstante permanecer inalterada la disposición testamentaria.

En segundo lugar, la norma propuesta es novedosa en su formulación, en tanto que se transmiten los derechos que tenga el testador al momento de su muerte, sea que su acrecimiento comprenda la totalidad o a una parte del bien en cotitularidad.

Conviene señalar también que, de sancionarse el artículo tal como está proyectado, pierden total influencia las disposiciones relativas al efecto declarativo de la partición, ya que la solución propuesta se aparta de esa consecuencia de la división.

2 | Legado de un bien que integra una masa patrimonial común

La segunda parte del art. 2508 del Proyecto de Código establece que: "El legado de un bien comprendido en una masa patrimonial común a varias personas es válido si el bien resulta adjudicado al testador antes de su muerte; en caso contrario, vale como legado de cantidad por el valor que tenía el bien al momento de la muerte del testador".

El concepto **masa patrimonial común** debe considerarse comprensivo, tanto de la indivisión hereditaria como de la indivisión postcomunitaria cuando la sociedad conyugal se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (arts. 481 Proyecto de Código, 2323 y concordantes).

Si el bien que ha legado el testador como propio integra la indivisión hereditaria, el causante ha dispuesto de un bien que forma parte de una masa sobre la cual tiene un derecho proindiviso ideal.

Si la comunidad hereditaria cesa antes de la muerte del testador y el bien le fue adjudicado, el legado es válido en virtud del efecto declarativo de la partición (art. 2403) y si el bien se adjudica a otro coheredero resultará nulo por constituir un legado de cosa ajena (art. 2507, primera parte).

Ahora bien, el Proyecto establece que si el bien legado no se adjudica al testador antes de su muerte, valdrá como legado de cantidad por el valor que tenía el bien al momento de su muerte.

Cuando la comunidad perdura a la muerte del testador, la doctrina nacional —interpretando el texto vigente— evidencia las mismas discrepancias suscitadas en la doctrina francesa.

Una opinión sostiene que, en el caso de que el bien legado se haya adjudicado a los herederos del testador, vale por el todo o por la parte legada de esa cosa y debe entregarse al legatario, y si se hubiera adjudicado a los coherederos del testador se torna ineficaz, salvo que resulte claramente que el testador ha querido que en tal caso se entregue al legatario el valor del legado. Esta tesis es una aplicación directa del efecto declarativo de la partición hereditaria.⁽⁷⁾

Una segunda opinión propugna (con matices) que si el causante persiste en su voluntad hasta la apertura de la sucesión, corresponde entender que ha querido que sus herederos incluyan en su hijuela la parte de la cosa que ha sido materia de un legado particular, y si esto ocurriera deben cumplir con el legado en especie. Por el contrario, si dicha adjudicación a los herederos no se produjera, se daría un caso análogo a lo previsto en el art. 3754 y los herederos deben reconocer al legatario el valor de la cosa legada.⁽⁸⁾

La solución del Proyecto no sigue fielmente esta última posición, que mereció la adhesión de Demolombe en la doctrina francesa, como también de Machado y Zannoni en la doctrina argentina, pues en ésta si después

(7) SEGOVIA, LISANDRO, *op. cit.*, p. 650, nota 7; LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y Comentarios al Código Civil Argentino*, Bs. As., La Facultad, 1931, t.10, N° 5, p. 159; ARGÁÑARAZ, MANUEL J., "Legado de bien ganancial", en LL 56-931.

(8) FASSI, SANTIAGO, *op. cit.*, t. 1, p. 511; ZANNONI, EDUARDO, *op. cit.*, t. 2, p. 542; DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de Code Napoleon*, París, t. 21, p. 603; MACHADO, JOSÉ O., *op. cit.*, t. X, p. 153.

de la muerte del testador el bien se adjudica a sus herederos el bien deberá ser atribuido al legatario, pues por el efecto declarativo de la partición se está en presencia de un legado de cosa cierta.

En cambio, en el Proyecto, tanto si el bien se adjudica a los herederos del testador o a sus coherederos, el legado se convierte en legado de cantidad, pues lo decisivo para determinar la conversión del legado es la atribución o no del bien antes del fallecimiento del testador.

La misma solución corresponde aplicar cuando uno de los cónyuges lega un bien ganancial, hallándose disuelta la comunidad conyugal, discriminando si la indivisión postcomunitaria cesó antes de la muerte del testador o continúa al momento de la muerte, supuesto en que coexistirán la indivisión hereditaria y la postcomunitaria.

La referencia a legado de cantidad debe ser entendida como legado de una suma de dinero, equivalente al valor del bien a la fecha de la muerte de testador.

3 | Legado de un bien ganancial

A diferencia del régimen actual, que en su art. 3753 incluye el legado de un bien ganancial en la misma disposición que regula el legado de un bien en condominio o comunidad, el Proyecto ha excluido tal previsión.

La solución resulta acertada, pues cuando un cónyuge lega un bien ganancial de su administración, y a la fecha de su fallecimiento subsiste la comunidad conyugal, no puede afirmarse que el bien se encuentre comprendido en una "masa patrimonial común a varias personas", no obstante que la muerte provoca el nacimiento de la indivisión hereditaria.

El Proyecto mantiene la gestión separada de la comunidad de ganancias, al concederle a cada cónyuge la administración y disposición de los bienes gananciales que hubiese adquirido, sin perjuicio del asentimiento del otro para enajenar o gravar determinados bienes (art. 470), acto que no implica copropiedad sobre el bien común.

Méndez Costa refiriéndose al art. 3753, pero en una consideración extensible al derecho proyectado, asimila el legado de cosa ganancial al de una

cosa del dominio del testador, que dispone de gananciales de su titularidad para después de la muerte y lega lo que es suyo, porque es el dueño de la cosa ganancial al momento de testar, no es condómino de ella con el consorte ni la cosa pertenece a una persona de existencia ideal llamada sociedad conyugal cuya personalidad, siempre discutible, aparece ahora totalmente esfumada ante el régimen de gestión separada que completa la separación de deudas estructurado por la ley 11.357.⁽⁹⁾

Belluscio, criticando la misma disposición, indica que mantiene el vicio de seguir considerando a los gananciales como un supuesto de comunidad o copropiedad, cuando no hay tal copropiedad sino simplemente una propiedad menos plena, limitada por la restricción al derecho de disponer de ciertos bienes sin asentimiento del otro cónyuge (art. 1277 CC) y por el eventual ingreso en la masa indivisa postcomunitaria que se produce al disolverse la sociedad conyugal.⁽¹⁰⁾

De modo que en el régimen proyectado, no obstante la falta de previsión expresa, no existe impedimento para que el cónyuge pueda legar los bienes gananciales de su administración, pues se trata de bienes de su titularidad (art. 2462), en tanto subsista la comunidad tanto al tiempo de otorgarse el testamento como al de fallecer el testador, pues luego de la disolución de la sociedad conyugal no podemos hablar de bienes gananciales sino de bienes de una masa indivisa que serán objeto de liquidación. En consecuencia, si el testamento se otorga encontrándose la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, el legado caerá en la segunda parte del art. 2508.

En caso que el testador legue un bien ganancial de titularidad del otro cónyuge, se aplicará el art. 2507 primer párrafo, puesto que sería un legado de cosa ajena, ya que el cónyuge no titular solamente tiene un derecho en expectativa a su porción ganancial, a realizarse en la partición de la comunidad.

Ahora bien, al omitir el Proyecto una regulación expresa del legado de gananciales, guarda silencio acerca de la recompensa o compensación al otro

(9) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Bs. As., Ediar, 1977, p. 265, N° 248.

(10) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación Sucesoria*, Bs. As., Despalma, 1975, p. 141, N° 62.

cónyuge al liquidarse la comunidad, que el régimen vigente contempla de modo expreso, al disponer que en el supuesto que “algún cónyuge legue un bien ganancial cuya administración le esté reservada. La parte del otro cónyuge será salvada en la cuenta de división de la sociedad” (art. 3753).

Señalan Hernández y Ugarte que la justificación de la recompensa en el legado de gananciales —a diferencia de la donación de gananciales en la que se discute la procedencia de ella— al disponer el testador, por vía de legado de un bien ganancial, no permite una eventual exteriorización de la voluntad del otro cónyuge a contrario de lo que sucede en la donación de gananciales en la que su objeto pueden ser bienes cuya disposición requiere el asentimiento conyugal conforme lo dispone el art. 1277 CC (art. 470 en el Proyecto). Es por tal motivo que se reconoce la recompensa al otro cónyuge que no tuvo participación ni pudo brindar asentimiento a dicho acto de última voluntad.⁽¹¹⁾

Por su parte, Méndez Costa fundamenta el derecho a recompensa sobre la base que el legado se concreta simultáneamente con la disolución de la sociedad conyugal: al adquirir el legatario el derecho sobre la cosa legada, ésta integra ya la indivisión post-comunitaria-hereditaria, a pesar de haber integrado el patrimonio del testador hasta su muerte. El legado, que no es de cosa en condominio, tiene la apariencia de serlo en el momento decisivo. Y su eficacia por toda la cosa legada se equilibra por medio de la recompensa.⁽¹²⁾

¿La falta de una disposición similar a del actual art. 3753 significa que el cónyuge superviviente se vería privado de participar en el valor del bien legado? La respuesta negativa se impone, pues semejante solución violaría el derecho de cada cónyuge, o sus herederos, a la división por partes iguales de la masa común (art. 498). Por otra parte, como afirma Zannoni, el legado es carga de la herencia y no de la comunidad conyugal, de modo tal que mientras no se haya liquidado ésta, no ha quedado determinada la composición del acervo hereditario.⁽¹³⁾

(11) HERNÁNDEZ, LIDIA y UGARTE, LUIS, *Sucesión del Cónyuge*, Bs. As., Editorial Universitaria, 1996, p. 551, N° 13.

(12) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *op.cit.*, p. 268, N° 250.

(13) ZANNONI, EDUARDO, *op. cit.*, t. 2, p. 457, N° 1408.

En consecuencia, el cónyuge supérstite deberá ser compensado en bienes o valores equivalentes al que se sustrae de la masa común en razón del legado, y si por hipótesis tal compensación no es posible, el legatario no tendrá derecho a recibirlo.

Va de suyo que la falta de una previsión expresa en materia de legados, no obstante nuestra opinión respecto a que no afecta los derechos del otro cónyuge, extenderá sus consecuencias a la recompensa en el caso de donación de gananciales, supuesto en el cual seguramente habrá opiniones diversas de manera similar a lo que ocurre actualmente.

3.1 | Pluralidad de legados

Entendemos que subsistirá la disputa doctrinaria en el supuesto de pluralidad de legados. Algunos autores rechazan tal posibilidad en tanto la admisión de varios legados podría transformar todo el derecho del cónyuge a la mitad de la masa común en un derecho creditorio contra la sucesión, y contra el legatario.⁽¹⁴⁾ Belluscio, en cambio, opina que aun cuando la norma emplea el singular, no hay razón para considerar como excepcional el derecho de disponer por testamento de bienes que están en el patrimonio del testador, estimando que se trata de una simple consecuencia del derecho de propiedad, por lo que no hay inconveniente alguno para admitir la validez de la pluralidad de legados.⁽¹⁵⁾

3.2 | Legado de un bien ganancial de titularidad conjunta

En caso de legarse un bien ganancial de titularidad conjunta, al cual con ciertas restricciones se le aplican las reglas del condominio (art. 471), la recompensa dependerá de la porción ideal que tenga el testador sobre la cosa; si es menor a la del otro cónyuge no generará recompensa e incluso el excedente del difunto acrecerá la masa hereditaria, por los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal (art. 498), tampoco la habrá si ambos cónyuges tienen idéntica fracción en el condominio del bien ganancial

(14) MÉNDEZ COSTA, *op. cit.*, p. 270; FASSI, SANTIAGO, *op. cit.*, t. 1, p. 886.

(15) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *op. cit.*, p. 142, N° 63.

legado por uno de ellos, pero si se lega la mayor porción del condominio la recompensa subsistirá hasta cubrir el derecho que corresponde al supérstite (art. 498).

3.3 | Imputación del legado

Dejando el testador a su fallecimiento bienes propios y gananciales, se plantea la necesidad de la imputación del legado a unos o a otros bienes. También en este caso resulta útil y pertinente la doctrina actual dada la identidad de supuestos.

Fornieles distingue que si el legado es de cosa cierta, y ella es propia o ganancial, el legado se extrae de la misma masa a la cual la cosa legada pertenece; pero si consiste en una suma de dinero o se traduce en un valor que no pueda precisarse el carácter propio o ganancial, debe recaer proporcionalmente sobre ambas masas.⁽¹⁶⁾

Fassi sostiene que los legados deben imputarse sobre ambas masas en todos los supuestos.⁽¹⁷⁾

Para Maffía y Méndez Costa, toda especie de legado ganancial debe ser imputado a la masa a la cual pertenece, salvo en la hipótesis en que no pueda determinarse la naturaleza propia o ganancial del objeto legado.⁽¹⁸⁾

(16) FORNIELES, SALVADOR, *op. cit.*, t.2, p. 208, N° 238.

(17) FASSI, SANTIAGO, *op. cit.*, t. 2, p. 3, N° 1086.

(18) MAFFÍA, J. O., *Tratado de las Sucesiones*, Tomo II, 3ª edición, actualizada por Lidia B. Hernández y Luis Ugarte, pp. 1378/1379, n° 11344; MÉNDEZ COSTA, M. J., *op. cit.*, p. 293, N° 281.

Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por MABEL A. DE LOS SANTOS⁽¹⁾

I | Introducción y fundamento de la inclusión de normas procesales

El Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado propone una reforma integral del derecho privado a fin de ajustar la normativa al nuevo bloque de constitucionalidad, consagrando lo que se ha denominado la “**constitucionalización del derecho de familia**”. Habida cuenta de que una de las garantías más relevantes, incorporada por la reforma constitucional de 1994, es la que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el texto incluye normas procesales mínimas para su inclusión en los códigos adjetivos locales, que tienen por objeto asegurar la operatividad de las disposiciones de derecho sustancial y la adecuada aplicación de las regulaciones de fondo, vale decir, que tienen por finalidad viabilizar la dación de tutela efectiva.

La inclusión de normas procesales en un Código de fondo debe entenderse en el contexto de un país federal, donde las provincias se han reservado la organización de la justicia y el dictado de las normas procesales, lo que

.....

(1) Jueza de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Profesora Adjunta de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UBA y de Fundesi. Profesora de la Escuela Judicial de Buenos Aires. Autora de artículos y coautora de veinte obras colectivas de Derecho Procesal Civil y Constitucional. Presidenta de la Comisión de Oralidad Filmada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

hace necesario dar homogeneidad a regulaciones procesales dispares. También la previsión de normas procesales destinadas a asegurar la eficaz aplicación de las disposiciones sustanciales da cuenta del carácter instrumental del proceso y de la necesidad de que su estructura resulte idónea para dar operatividad al derecho sustancial.

Como es sabido, las normas de procedimiento no se encuentran ubicadas exclusivamente en los Códigos procesales y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales, sino que también las hay en los Códigos de fondo a los que se refiere el art. 67, inc. 11 CN y en diversas leyes nacionales. Aun cuando, de conformidad al sistema federal adoptado por la Constitución, la atribución de regular los procesos corresponde a las legislaturas provinciales en virtud del texto de los arts. 5 y 121 CN, las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso a los fines de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo.

De modo que la circunstancia de que el Proyecto de Código incluya regulaciones procesales mínimas para uniformar la aplicación de la ley sustancial y asegurar su eficacia no debe entenderse como un avance sobre las autonomías provinciales. Si se aceptara lo contrario, debiera colegirse que también estaría invadiendo la órbita legislativa de las provincias la ley de quiebras, por ejemplo. Al respecto, el poder de las provincias no es absoluto y el Congreso Nacional cuenta con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los Códigos de fondo y evitar el riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho sustancial o material.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que:

“... si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar”.⁽²⁾

.....

(2) Fallos 138:157; 136:154, entre otros.

Evidentemente, la inclusión de reglas procesales en un Código de fondo es trascendente, pues opera como elemento unificador para el tratamiento de las cuestiones familiares en todo el país. Y ello es relevante pues las provincias tienen dispares sistemas procesales para dirimir los conflictos familiares: algunas cuentan con tribunales especializados y otras no; algunas tienen procesos orales y otras han regulado procesos prevalentemente escritos, cuando para la adecuada tramitación de estas causas se requiere de principios y reglas diferentes de las que son propias del resto del proceso civil.

Esta inclusión sistematizada de normas adjetivas es ajena al Código de Vélez Sarsfield, con las pocas excepciones relativas a la definición y alcances de la cosa juzgada y del valor probatorio de los instrumentos públicos y privados.⁽³⁾ El texto encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998; aunque este último limitaba la regulación procesal a los caracteres específicos de las acciones de Estado y de los efectos de las sentencias (Libro III, Título X, arts. 665/669).

El Proyecto de Código establece las pautas que han de regir el proceso de familia, que serán aplicables en todo el territorio de la Nación. De conformidad con el criterio metodológico adoptado para todo el cuerpo, inicia el tratamiento de la materia en su Libro Segundo, Título VIII, con la enunciación de los principios y reglas generales (Capítulo I); se ocupa de las acciones de Estado y sus caracteres (Capítulo II); de las reglas de competencia (Capítulo III) y de las medidas provisionales (Capítulo IV).

El objeto de este trabajo se limita a analizar los principios y las reglas generales aplicables a los procesos de familia, verificando la coherencia del sistema legislativo que implementa el Proyecto de Código a través de las normas que regulan institutos específicos del derecho sustancial.

2 | Principios y reglas generales del proceso de familia

El Libro Segundo, Título VIII, en sus artículos 705/711 regula los principios que deben regir los procesos de familia. Señala, en primer lugar, la necesidad de diseñar los procesos de modo que aseguren el acceso a la

(3) Arts. 151, 850 y 1102 CC y arts. 993, 1026 a 1028 CC, respectivamente.

justicia, en especial de los más vulnerables. Se hace efectivo así el mandato del art. 75, inc. 23 CN; de los arts. 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las 100 reglas de Brasilia⁽⁴⁾ 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.

El artículo 706 destaca especialmente los siguientes principios regulatorios de los procesos de familia: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Asimismo, señala 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 de los conflictos. Se establece que los jueces deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. Finalmente, 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.

3 | La tutela judicial efectiva

Se trata del primer y más relevante principio que se enuncia. La tutela judicial efectiva presenta contenidos plurales que se desenvuelven desde el acceso a la jurisdicción, se manifiestan a lo largo del proceso de declaración y se extienden aún a la etapa de ejecución del mandato judicial. Aunque se lo ha enunciado como un principio procesal, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye una garantía del debido proceso adjetivo, que encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y que integra el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN). De dicha garantía derivan los principios procesales de celeridad, concentración, saneamiento, eventualidad y eficacia.

Cuando aludimos al derecho a la tutela efectiva no circunscribimos el análisis al derecho de acción, pues para reunir las condiciones que se exigen a esa tutela, el derecho de acción debe complementarse con el derecho al

.....

(4) Las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en la reunión celebrada del 4 al 6 de marzo de 2008. Ver www.cumbrejudicial.org/web/guest/110

proveimiento y a los medios ejecutorios capaces de dar efectividad al derecho sustancial. Tal efectividad debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, debe tener la posibilidad de ser preventiva, ante la mera amenaza a un derecho y para impedir su violación. De hecho, no podría hablarse de derechos inviolables sin conferir a la jurisdicción un derecho a la inhibición del ilícito y a la prevención del daño, aspectos contemplados en previsiones específicas del Proyecto de Código.

Asimismo, la tutela judicial efectiva involucra un derecho al cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales. No debe soslayarse que el Estado posee también un deber de protección. En este tópico comparto la opinión de Marinoni,⁽⁵⁾ cuando sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo garantiza la igualdad de acceso a la justicia, sino la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez, quienes deben suministrar y aplicar los dispositivos que permitan la operatividad cabal del derecho material. Como dice Alexy,⁽⁶⁾ los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una “protección jurídica efectiva”, la que involucra que el proceso garantice “los derechos materiales del respectivo titular del derecho”.

Veamos seguidamente los aspectos que abarca la tutela judicial efectiva, que podemos sintetizar en: acceso a la justicia, proveimientos adecuados, cumplimiento de las resoluciones judiciales y tutela preventiva.

3.1 | Acceso a la Justicia

Con relación al acceso a la justicia, además de la gratuidad de las actuaciones en materia no patrimonial y de una adecuada regulación y aplicación del instituto del beneficio de litigar sin gastos, debe considerarse la importancia de la dirección oficiosa de los procesos, en particular cuando está involucrado el interés público, como sucede en materia de procesos de familia.

Las Reglas de Brasilia específicamente establecen pautas para asegurar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad,

(5) MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Perú, Palestra, 2007, p. 220.

(6) ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

siendo sus beneficiarios aquéllos que por su edad, género, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia. Se alude así a la asistencia legal y defensa pública, con controles de la calidad técnica de dicha asistencia, a la gratuidad en la asistencia de quienes no puedan afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones, al derecho a intérprete para los extranjeros que no conozcan la lengua y a la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos para la práctica de determinados actos y la utilización de formulario para determinadas accesiones que no exigen de patrocinio letrado.

Coincido con Kielmanovich cuando sostiene que debiera consagrar el principio de gratuidad en los procedimientos de familia (y los atinentes al estado y capacidad de las personas) carentes de contenido económico, declarándolos exentos, como regla, del pago de la tasa de justicia, tal como establece el artículo 13, inc. i) de la ley 23.898 de Tasas Judiciales; enunciado que no siempre es observado en ese contexto en otras leyes provinciales (v.gr. en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires).⁽⁷⁾

En ese orden de ideas también adquiere relevancia e integra las propuestas que se han venido realizando desde la doctrina nacional para mejorar el acceso a la justicia, el instituto procesal de la reconducción de postulaciones (también llamado *iura novit curia* procesal) que impone a los magistrados una interpretación amplia de los escritos de postulación, para evitar excesos rituales o la denegación de derechos por cuestiones meramente formales.⁽⁸⁾

3.2 | Proveimientos adecuados

La garantía de la tutela judicial efectiva involucra el principio de economía procesal y sus derivados de celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad pues exige obtener el mayor rendimiento de la actuación judicial en el lapso más breve posible. En ese orden de ideas, el Proyecto de Código contiene novedosas previsiones sustanciales que hacen efectivos esos

(7) KIELMANOVICH, JORGE, "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica La Ley*, 2012-D, 1390.

(8) PEYRANO, JORGE W., "*iura novit curia* procesal: la reconducción de postulaciones", en *Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales*, Santa Fe, Juris, 2002, t. 1, p. 99.

principios, a saber: la alusión al procedimiento más breve que prevean las leyes locales para tramitar el proceso de alimentos (arts. 543⁽⁹⁾ y 554)⁽¹⁰⁾ y la oposición a la celebración del matrimonio (art. 414),⁽¹¹⁾ normas que instrumentan el principio de celeridad que rige los procesos de familia.

La concentración y eventualidad se halla implícita en la posibilidad que consagra el art. 546⁽¹²⁾ de involucrar en la condena al demandado y a otros obligados de grado más próximo o que concurren con el accionado, y de acumular las acciones de filiación y de impugnación de la filiación anterior establecida, que establece el art. 578 del Proyecto de Código.⁽¹³⁾

También se vincula con asegurar proveimientos adecuados el efectivo ejercicio del *iura novit curia* por parte de los jueces y el deber de dirigir los procedimientos para alcanzar la verdad de los hechos controvertidos.⁽¹⁴⁾

.....

(9) Art. 543. "Proceso. La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión".

(10) Art. 554. "Cese de la obligación alimentaria. Cesa la obligación alimentaria:

- a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad;
- b) por la muerte del obligado o del alimentado;
- c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local".

(11) Art. 414. "Procedimiento de la oposición. Deducida la oposición el oficial público la hace conocer a los contrayentes. Si alguno de ellos o ambos admite la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hace constar en acta y no celebra el matrimonio. Si los contrayentes no lo reconocen, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los TRES (3) días siguientes al de la notificación; éste levanta un acta, remite al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración del matrimonio. El juez competente debe sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Recibida la oposición, da vista por TRES (3) días al Ministerio Público. Resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público".

(12) Art. 546. "Existencia de otros obligados. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance".

(13) Art. 578. "Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación".

(14) DE LOS SANTOS, MABEL, "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", en *La Ley* 2012-B, 1062.

Cabe recordar que, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos recientes —aplicables, en rigor, a todo proceso civil—, el ejercicio del *iura novit curia* constituye un deber del órgano jurisdiccional⁽¹⁵⁾ vinculado a la prestación de tutela judicial efectiva. Estableció que es deber de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas aplicables, con independencia de los fundamentos invocados, máxime cuando se encuentran involucrados derechos alimentarios y el interés superior del niño.

En cuanto a la búsqueda de la verdad por parte del juzgador, la exigencia es indiscutible en el marco de un proceso que consagra la oficiosidad en materia probatoria. Ello importa que se dirijan los procedimientos hacia la determinación de la verdad de los hechos, constituyendo la función epistémica fundamental que compete al juzgador.⁽¹⁶⁾ Es que no se concibe que pueda obtenerse una sentencia justa, si ésta no se basa en una determinación verdadera de los hechos de la causa.

3.3 | Medidas ejecutorias eficaces

En cuanto a la ejecución de las resoluciones judiciales, el texto proyectado contempla diversos dispositivos legales para asegurar el efectivo cumplimiento de las sentencias. Así, se consagra la responsabilidad solidaria del pago de la deuda alimentaria de quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (art. 551 del Proyecto de Código).⁽¹⁷⁾ Si bien es cierto que ello podría ser aplicado por los tribunales a través del juego armónico de lo normado por los arts. 553 CPCCN y 736 CC, lo cierto es que la disposición normativa del art. 551 de Proyecto de Código lo consagra expresa y claramente y con vigencia en todo el territorio de la República.

.....

(15) CSJN, “Guerrero, E.M. por sí y sus hijos menores c/ Insegna, R.L.”, en *La Ley* [en línea], AR/JUR/17/12/2011, www.laleyonline.com

(16) TARUFFO, MICHELE, *Simplemente la verdad*, Madrid-Barcelona, Ed. M. Pons, 2010, pp. 39/49.

(17) Art. 551. “Incumplimiento de órdenes judiciales. Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor”.

También se autoriza al juez a imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia (art. 553 del Proyecto de Código)⁽¹⁸⁾ y para asegurar el régimen de comunicación establecido por ley o por convenio homologado (art. 557 del Proyecto de Código).⁽¹⁹⁾

3.4 | Tutela preventiva

Como se expuso precedentemente, para ser verdaderamente efectiva, la tutela judicial debe ser en ocasiones preventiva, función contemplada de modo concordante en numerosas normas del Proyecto. Así se prevé que el juzgador pueda ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona en los procesos de restricción de la capacidad (art. 34 del Proyecto de Código). También se prevé la prestación de alimentos provisorios, típica tutela anticipada, tanto en los juicios de alimentos (art. 544 del Proyecto de Código), como en las acciones de reclamación de filiación (art. 586 del Proyecto de Código).

Por su parte, los arts. 721/723⁽²⁰⁾ del Proyecto regulan diversas medidas provisionales que pueden ser ordenadas durante los juicios de divorcio y

.....

(18) Art. 553. "Otras medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia".

(19) Art. 557. "Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia".

(20) Art. 721. "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.

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;

nulidad de matrimonio —y aún antes de promovidos éstos, en casos de urgencia—, las que son aplicables, en lo pertinente, a los conflictos derivados de la ruptura de uniones convivenciales.⁽²¹⁾ Se trata, por un lado, de las medidas provisionales relativas a las personas, que consisten en tutelas anticipadas de urgencia y de evidencia, que actúan el derecho material de manera provisoria y que pueden ordenarse tanto a pedido de parte como de oficio. Asimismo, el Código contempla la regulación de medidas cautelares de contenido patrimonial, sólo disponibles a pedido de parte, dirigidas a asegurar la efectividad de las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio y en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal.

4 | Inmediación

El principio de intermediación importa asegurar que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos y la prueba de la causa durante el trámite, a los fines de la mejor resolución del conflicto.

El principio de intermediación, enunciado en el art. 706, de modo genérico se exterioriza en diversas normas que exigen su efectiva vigencia, tales como el deber del juzgador de oír de manera personal, según las circunstancias del caso, a los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio y a personas mayores

- e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433”.

Art. 722. “Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración”.

Art. 723. “Ámbito de aplicación. Los dos artículos precedentes son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente”.

(21) DE LOS SANTOS, MABEL, “Las medidas provisionales de los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en *Revista de Derecho Procesal 2013-I, Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales*, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 173 y ss.

con capacidad restringida (art. 707 del Proyecto de Código). Así lo consagra también el texto legal al imponer la entrevista personal en materia de discapacidad mental (art. 35).⁽²²⁾

En la actualidad se habla también de una nueva forma de intermediación, aplicable a las audiencias de prueba, que acompaña y complementa a la intermediación física.⁽²³⁾ Me refiero a la intermediación virtual o sensorial que resulta de la filmación de las audiencias de prueba y que regulan textos procesales de nuestro país y de España y Alemania.⁽²⁴⁾ El registro fílmico de las audiencias permite al juzgador preservar gran parte de los beneficios de la intermediación en la prueba —vale decir, el mensaje gestual de los testigos—, aunque el juez que recibió la prueba no sea el que dicte la sentencia, como exigía la doctrina procesal clásica.⁽²⁵⁾ Por otra parte, ello permite también una adecuada valoración de las pruebas recibidas en audiencia por parte del tribunal de alzada, teniendo en cuenta que se trata de procesos que deben estar estructurados en dos instancias.⁽²⁶⁾

La filmación de las audiencias de prueba no afecta el derecho a la intimidad de las personas involucradas, pues rige en los procesos de familia el principio de acceso limitado al expediente y dicha reserva puede asegurarse respecto de las filmaciones de audiencia incluyendo la imagen en el soporte informático del expediente a través de sistemas tecnológicos que permitan su digitalización.

(22) Art. 35. "Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias".

(23) PEYRANO, JORGE W., "La prueba entre la oralidad y la escritura", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, 2008, p. 164 y AMRANI-MEKKI, SORAYA, "El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil", en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, op. cit., p. 93.

(24) Ver art. 125 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (2007) y Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 147) y ZPO alemana (art. 160 y 161).

(25) DÍAZ, CLEMENTE, *Instituciones de Derecho Procesal*, T.1 p. 384: "La regla (o máxima de la intermediación procesal) tiene pues, como caracteres fundamentales: (...) c) la identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia".

(26) Conforme OC N° 17/2002 del 28/08/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5 | Principios de buena fe y lealtad procesal

Se consagra en los procesos de familia el respeto a los principios de buena fe y lealtad procesal, que hacen al principio más amplio de moralidad, también exigible. Se trata de deberes jurídicos de contenido ético que pesan sobre las partes y que el juez debe asegurar en el trámite de estos procesos, previniendo y sancionando todo acto contrario al principio de moralidad. A tal fin, el rechazo *in limine*, y fundado de planteos claramente improcedentes, que prevén los Códigos Procesales; el impulso de oficio y las pruebas de oficio que autoriza el art. 709 del Proyecto;⁽²⁷⁾ y las medidas conminatorias son buenos instrumentos para prevenir o neutralizar los actos procesales contrarios a la buena fe. También las sanciones disciplinarias y las medidas conminatorias pecuniarias (*astreintes*) y no pecuniarias, que prevén los Códigos Procesales y consagrara la jurisprudencia, constituyen instrumentos idóneos para evitar la desviación de los fines del proceso.

En la actualidad, de la regla amplia se derivan nuevas formulaciones, tales como la de solidaridad y cooperación con el tribunal en materia probatoria, que se han exteriorizado en la valoración de la conducta del demandado renuente a practicarse las pruebas biológicas en los juicios de filiación, por aplicación de las prescripciones del art. 4 de la ley 23.511.

6 | Principio de oficiosidad

El Código establece el principio de oficiosidad en los pleitos de familia, salvo cuestiones de naturaleza exclusivamente económica, lo que significa impulso de oficio de las causas, prueba de oficio (art. 709 del Proyecto de Código) y, en ciertas circunstancias, medidas preventivas oficiosas.

El orden público y los delicados intereses involucrados conducen a la necesidad de contar con mayor activismo judicial para decidir las contiendas

.....
(27) Art. 709. "Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

.....
El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces".

familiares. Así el art. 579⁽²⁸⁾ autoriza a disponer pruebas de oficio en el juicio de filiación, inclusive la prueba genética y el art. 580⁽²⁹⁾ autoriza a ordenar a esos fines aún la exhumación de un cadáver. También en el marco de los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio el juez puede disponer medidas provisionales relativas a las personas, conforme lo autoriza el art. 721 (Proyecto de Código antes citado).

En el marco de los procesos de restricciones a la capacidad se consagra el deber de ordenar oficiosamente las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, debiendo indicar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos y cuales la representación de un curador (art. 34 Proyecto de Código), lo que importa una tutela preventiva oficiosa.

El principio de oficiosidad es meramente enunciado en el art. 706, al indicar los principios rectores de los procesos de familia, y tratado específicamente en el artículo 709 del Proyecto, antes citado.

7 | Oralidad

La norma establece la oralidad para los procesos de familia. Prevalece en los sistemas procesales de Iberoamérica el denominado “proceso por audiencias”, que coincide en gran medida con el antes llamado “juicio oral”. Se trata de una estructura procesal basada en la escritura para los actos de postulación y en la oralidad para la etapa probatoria, que se inicia con la audiencia preliminar y concluye con la audiencia donde se recibe la

(28) Art. 579. “Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente”.

(29) Art. 580. “Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste.

Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver.

El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso”.

prueba. Obviamente en la etapa decisoria y recursiva se vuelve a la forma escrita. El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de Río de Janeiro, Brasil, propone esa estructura para el trámite de todas las causas civiles y también para los procesos de familia.

Cabe destacar que la oralidad “para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales” constituye una de las medidas procesales incluidas en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (regla 35).⁽³⁰⁾

La oralidad en la prueba favorece el poder de dirección del proceso, reduce el campo de la inconducta procesal y favorece la concentración de actos; permite también un mayor acceso al juez, al viabilizar el contacto directo del juzgador con las partes en los actos en que su presencia resulta imprescindible.

8 | Acceso limitado al expediente

Se trata de una excepción al principio procesal de publicidad. Su fundamento radica en la necesidad de proteger la intimidad, la imagen y los datos personales de las personas involucradas y, en particular, de los más vulnerables, vale decir: niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida.

El acceso es limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. También se prevé que, en caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, sólo se ordene su remisión si la finalidad lo justifica y se garantiza la reserva (art. 708 del Proyecto de Código). También el Proyecto consagra el principio de reserva en el juicio de adopción, donde se establece expresamente que las audiencias serán privadas y el expediente reservado (conf. art. 617, inc. d, del Proyecto de Código).

(30) Oralidad: Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

Las Reglas de Brasilia expresamente destacan la Recomendación de proteger la intimidad de las personas en condición de vulnerabilidad. Así, proponen disponer que las actuaciones no sean públicas, tanto como la prohibición de la toma y difusión de imágenes si ello afectare la situación emocional o la seguridad de la persona vulnerable, y evitar toda publicidad de los datos personales.⁽³¹⁾ El acceso limitado al expediente, establecido como regla general en los procesos de familia y las medidas complementarias que consagra el Proyecto de Código permiten asegurar con eficacia los derechos de las personas vulnerables y, en general, la intimidad de los involucrados en los conflictos familiares.

9 | Resolución pacífica de los conflictos

En los conflictos familiares es fundamental superar la visión de vencedor y vencido. Se trata de lograr una justicia de acompañamiento, pues existen vínculos perdurables y profundos que deben ser preservados.

Ello obliga a buscar soluciones razonables y que se adapten a las necesidades del caso —en lo posible, consensuadas—. En efecto, la mediación y la conciliación son instrumentos esenciales para la autocomposición del conflicto familiar, pues el proceso constituye la *ultima ratio* en la búsqueda de la paz individual y social.⁽³²⁾

(31) Sección 4ª.- Protección de la intimidad: 1.- Reserva de las actuaciones judiciales: (80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.-Imagen: (81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad. (82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales (83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad. (84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

(32) CECCHINI, FRANCISCO CARLOS, *El proceso de familia*, Santa Fé, Ed. Panamericana, 2006, p. 42.

Las controversias familiares ostentan características propias que requieren penetrar, ahondar y atender a las verdaderas causas que las generan, no sólo las formales o superficiales. Son conflictos típicos de "coexistencialidad",⁽³³⁾ en la medida en que casi siempre envuelven e inciden en una amplia y compleja gama de relaciones y situaciones. Su arista humana no desplaza a la jurídica, ni ésta, a su connotación constitucional. Se trata, en definitiva, de hallar las soluciones más beneficiosas para el núcleo familiar.⁽³⁴⁾

También las Reglas de Brasilia aluden a la necesidad de impulsar formas alternativas de resolución de los conflictos que involucran a personas vulnerables.⁽³⁵⁾

10 | Jueces especializados y apoyo multidisciplinario

El texto adopta una reiterada propuesta de congresos y otros eventos científicos de derecho procesal en el sentido que los jueces de Familia deben ser especializados en la materia y contar con apoyo multidisciplinario. También las Reglas de Brasilia recomiendan políticas de organización y gestión del sistema judicial que aseguren la especialización de los pro-

(33) NAKAMURA H., *Family Courts. The role of the judge in family conflicts*, en *Effektiver Rechtsschutz*, Würzburg, ed. W. J. Habscheid, Gieseking-Verlag-Bielefeld, 1983, p. 467 y ss. Informe general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal.

(34) MORELLO, AUGUSTO M., "Familia y jurisdicción. Hacia una tarea Interdisciplinaria", en JA, 1990-IV, p. 879; MORELLO, AUGUSTO M., *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., v. II, p. 1103 y ss.

(35) Sección 5ª.- Medios alternativos de resolución de conflictos

1. **Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad (43)** Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

fesionales, operadores y servidores del sistema judicial, para la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad (Regla 40) y la actuación interdisciplinaria (Regla 41). Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial (Regla 41).

La especialidad involucra dos aspectos del proceso de familia. El primero apunta a reservar, para los tribunales competentes en la materia, la exclusividad de aspectos vinculados a los conflictos esencialmente familiares dejando de lado otras cuestiones, propias del derecho común, aunque los reclamos se planteen entre cónyuges, quienes lo fueron o parientes. En efecto, el Proyecto de Código ha discriminado los efectos del divorcio de lo que es materia propia de los daños y perjuicios que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil a cuyas normas remite; ello cuando aquéllos no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan. Se distingue, de ese modo, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños, tal como rezan los fundamentos elevados oportunamente. En el segundo aspecto, la "especialización" se vincula a la idoneidad técnico-jurídica que se exige a los operadores jurídicos, así como el necesario entrenamiento en la especialidad. La adecuada capacitación no se agota en lo teórico, sino que requiere un paralelo adiestramiento práctico como también de actualización permanente, aspecto relacionado con la función de las escuelas judiciales.

Por su parte, la multidisciplinaria significa que los tribunales que actúen la materia familiar deben contar con gabinetes de apoyo y la colaboración de médicos, psicólogos y trabajadores sociales, que colaboren e interactúen con el juez para la pronta y más eficaz búsqueda de soluciones al conflicto familiar.

II | El Interés Superior del niño

El art. 706 del Proyecto de Código destaca que las decisiones que se dicten en un proceso en el que están involucrados niños, niñas o adolescentes deben tener en cuenta el interés superior de esas personas consagrado en el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Esta pauta de hermenéutica normativa y fáctica involucra procesalmente dos derechos fundamentales: a) el derecho a ser oídos en toda cuestión

que involucre sus intereses y b) el derecho a la defensa técnica a través de un patrocinio letrado propio, como se observa en el art. 707 del Proyecto de Código.⁽³⁶⁾

Se trata de que su opinión pueda ser valorada de conformidad con su edad y el grado de madurez, lo que involucra el principio de autonomía progresiva (conforme arts. 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3, 24 y 27 de la ley 26.061). Es así que el Proyecto habilita a la intervención del “abogado del niño”, en determinados supuestos. En este orden de ideas, el Proyecto introduce varias modificaciones en el plano patrimonial de la responsabilidad parental, destacándose verbigracia la posibilidad de que un hijo adolescente pueda iniciar acción civil a pesar de la oposición de sus progenitores; o que puedan reclamar contra sus progenitores por sus propios intereses, sin previa autorización.

12 | Principios relativos a la prueba

El art. 710 del Proyecto consagra los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba y distribuye la carga de la prueba de los hechos sobre el litigante que se encuentre en mejores condiciones de producirla.

En efecto, el art. 710 del Proyecto de Código establece una distribución subjetiva del esfuerzo probatorio basada en la mayor facilidad en el aporte de los elementos de convicción. Tal reparto constituye lisa y llanamente la regla general de distribución de la carga de la prueba conforme el criterio de facilidad en su aportación, que es aplicable a todos los procesos de familia, se planteen o no dificultades probatorias específicas. Se trata de una regla específica para los procesos de familia, de carácter general, con incidencia en la carga subjetiva y objetiva, y que consagra el deber de colaboración y solidaridad en el aporte de la prueba en los procesos de fa-

(36) Art. 707. Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad. “Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso”.

milia.⁽³⁷⁾ La regulación tiene fundamento en la relevancia del conocimiento efectivo de los hechos de la causa en los conflictos familiares, presupuesto imprescindible para el dictado de sentencias justas, que aseguren la tutela efectiva de los derechos involucrados y de ella deriva el mencionado deber de colaboración probatoria.

El art. 711 consagra reglas específicas respecto de las declaraciones testimoniales en los procesos de familia, donde son los más próximos al grupo familiar quienes mejor conocen y pueden aportar información sobre los hechos de la causa. Sin embargo, tal circunstancia se encuentra con la valla de las reglas de exclusión de ascendientes y descendientes en línea directa, que consagran los Códigos procesales y que ha llevado a la jurisprudencia a hacer excepciones en función de la singularidad de los juicios de familia.

En efecto, la norma establece que los parientes y allegados pueden ser ofrecidos como testigos, con lo que recibe el criterio que prevalece en la jurisprudencia sobre el particular. Sin embargo, el texto también faculta al juez a no admitir que declaren menores de edad (recordemos que los Códigos procesales admiten, en general, la declaración de toda persona mayor de 14 años), según las circunstancias del caso, o parientes que se niegan a hacerlo por motivos fundados. Esta última disposición ha sido criticada por cuanto cercenaría sustancialmente el derecho de las partes a la prueba, dado que el régimen legal vigente permite que los menores de edad y los parientes (consanguíneos y afines en línea colateral) declaren en estos procesos.⁽³⁸⁾

Kielmanovich ha considerado que tal disposición no importa una excepción a las reglas de exclusión, admitiéndose la declaración de todo pariente, ya sea colateral o en línea directa, concluyendo que los redactores del Proyecto no han pretendido definir en el Código esta cuestión sino que la han dejado librada a la regulación que adopte o mantenga el legislador local provincial y nacional respecto a la determinación de cuáles de

(37) DE LOS SANTOS, MABEL, "Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en Peyrano Jorge y otros, *Nuevas herramientas procesales*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2013, p. 383.

(38) KIELMANOVICH, JORGE, "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica La Ley*, 2012-D, 1390.

esos parientes pueden declarar en juicio. Es decir, se trata de una facultad de su estricta incumbencia a tenor de lo que establece el artículo 121 de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 12 CN) en cuanto indica que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Así, el autor entiende que serán esos ordenamientos los que zanjarán la cuestión, estableciendo que podrán ser testigos los consanguíneos o afines en línea directa o sólo los colaterales de las partes, sin perder de vista que dicha definición pudo válidamente regularse por los redactores del Proyecto en tanto se hubiese entendido que ello interesaba a la eficacia del proceso de familia que se establece.⁽³⁹⁾

Sin perjuicio de no resultar clara la cuestión de la mera lectura del art. 711 del Proyecto, pareciera que la norma se hace cargo de la regla de exclusión que contienen los Códigos procesales y que se fundan en razones de orden público, en cuanto significa mantener la solidaridad y unidad familiar, y que recibe la jurisprudencia elaborada en la materia,⁽⁴⁰⁾ consagrando una excepción a la regla de los testigos excluidos en materia de familia. De lo contrario, no tendría fundamento la facultad que consagra, cuando nadie discute que los colaterales de las partes pueden declarar como testigos. Ese mismo criterio de facultar al juez para ajustar la decisión a las circunstancias del caso, es el fundamento del párrafo siguiente, que permite al juzgador no admitir la declaración de personas menores de edad o de parientes que se niegan fundadamente a prestar declaración, valorando circunstanciadamente las razones que se invocaren.

.....

(39) KIELMANOVICH, JORGE, “La prueba testimonial en el proceso de familia en el Proyecto de Código Único”, en *Revista Jurídica La Ley* 14/02/2013, 1, *La Ley* 2013-A, 919. En contra, ver MIZRAHI, L. MAURICIO, “El proceso de familia que involucra a niños”, en *Revista Jurídica La Ley* 27/11/2012, 1: “Entendemos que esta disposición comprende tanto a los parientes colaterales como a los consanguíneos o afines en línea directa” y GUAHNON, SILVIA y SELTZER, MARTÍN, “La prueba de testigos en los procesos de familia. El art. 711 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, n° 9, octubre, Ed. *La Ley*, 2012.

(40) Así, se ha admitido el testimonio del padre de la actora en el juicio de filiación, con fundamento en que “por el carácter íntimo de las relaciones cuya investigación se requiere (...) están mejor informados de los hechos” (Cám. Nac. Civ., Sala H, 04/10/1996, en *Revista Jurídica La Ley*, 1998-D, p. 70, con cita de fallos coincidentes de las salas E y F del mismo tribunal).

13 | Algunas propuestas y conclusiones

Sin duda, el Proyecto cumple con la función de sentar los principios fundamentales del proceso de familia, que deberán ser incluidos en los regímenes procesales locales. Será función del debate doctrinario y la jurisprudencia complementar dichas disposiciones para favorecer una mejor regulación de tales disposiciones generales en los Códigos adjetivos por parte de las legislaturas provinciales.

Entre las propuestas valiosas que se han realizado desde la doctrina, considero relevante consagrar la *perpetuatio iurisdictionis* —en mi opinión, como un verdadero requisito de la debida constitución del tribunal—, por el que se consagra la necesidad de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno a un mismo elemento o relación jurídica por razones de economía y celeridad, y para evitar soluciones contradictorias o que no valoren el conflicto en su integridad. Así, por ejemplo, cuestiones como la demanda por simulación y fraude del acto de enajenación otorgado por un cónyuge, que de otro modo podrían ser de competencia de otros tribunales.⁽⁴¹⁾

Finalmente, para asegurar la tutela efectiva y con fundamento en los intereses públicos involucrados en las cuestiones de familia no patrimoniales, considero relevante incluir una disposición que permita la interpretación extensiva y amplia de la demanda (reconducción de postulaciones), y que autorice la modificación del objeto de la pretensión en cualquier tiempo, siempre que ello no importe perjuicio para la contraparte y se respete el debido contradictorio. También creo que es propicio incluir la posibilidad de flexibilizar la regla de congruencia, para dar una mejor solución al caso y bajo la condición de no afectar el derecho de defensa de las partes.⁽⁴²⁾

(41) KIELMANOVICH, JORGE, “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, *op. cit.*”

(42) Ver los siguientes trabajos de mi autoría: “Principio de congruencia”, en Jorge Peyrano y otros, *Principios procesales*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, T. 1, pp. 199/238, 2011; “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, en JA 2000-I-752 (Capítulo: Flexibilización de la congruencia: p. 757); “Los hechos en el proceso y la flexibilización del principio de congruencia” en Augusto Morello y otros, *Los hechos en el proceso civil*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 59/70; “Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreviniente en el proceso civil”, en *Revista Jurídica La Ley* 2003-F, p. 1309; “Postulación y flexibilización de la congruencia. Su análisis con relación al Código Procesal

Cabe recordar que la regla de congruencia reconoce como contenido esencial la garantía de la defensa, de manera que, siempre que el contradictorio sea preservado, puede hacerse una excepción a la congruencia si ello asegura la operatividad del derecho y la tutela efectiva.

En síntesis: el proceso de familia exige que las normas procesales faciliten la actuación de las previsiones del derecho sustancial y que los jueces asuman un rol activo para asegurar soluciones adecuadas al conflicto, útiles y no lesivas de los delicados intereses involucrados. Se trata de procesos que regulan tutelas diferenciadas, ámbito donde las garantías deben ser interpretadas funcionalmente y donde la ley debe conferir potestades suficientes al juzgador para dar la mejor solución a los casos singulares.

Civil peruano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n° 6, 2004, p. 239; “La flexibilización de la congruencia”, en *Cuestiones Procesales modernas*, Suplemento especial La Ley, octubre, 2005, p. 80 y “Flexibilización de la congruencia. Muestreo jurisprudencial”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2007-F, p. 1278 y ss.

El desafío al tiempo en la adopción

por SILVIA EUGENIA FERNÁNDEZ⁽¹⁾

I | El tiempo como fenómeno inherente a la decisión judicial

Los "tiempos del derecho" constituyen una categoría subordinada al concepto genérico de "temporalidad", entendida como una sucesión de acontecimientos que, aplicada al campo jurisdiccional, exige un desarrollo de los procesos apto para la satisfacción del principio de seguridad jurídica; pero esta misma temporalidad inherente a la labor judicial plantea a su vez el complejo problema de una pretensión de balance entre "tempestividad" y "justicia".⁽²⁾ Porque la justicia debe espejarse en tres tiempos diferentes y asimétricos: el legal de los Códigos, el que imponen los desvíos del principio procesal dispositivo y el que dicta la dimensión social y pública de los fines de la jurisdicción. Así, "el tiempo de la justicia" es de fundamental importancia y la forma en que esta exigencia actúa resulta decisiva para diseñar un camino procesal seguro y funcional, a la vez que respetuoso de las exigencias constitucionales del proceso justo.⁽³⁾

(1) Asesora de Incapaces del Depto. Judicial Mar del Plata. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Especialista en Magistratura Judicial. Docente de grado en la Universidad Atlántida Argentina (UAA) y de posgrado en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP).

(2) ARBONES, MARIANO, "prólogo" en CARRANZA TORRES, LUIS A., *Técnica de la perención o caducidad de instancia. Los tiempos que aniquilan procesos*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2008 p. 9 y ss.

(3) MORELLO, AUGUSTO MARIO, "El tiempo de la justicia", *Revista de Derecho Procesal, Tutelas procesales diferenciadas II*, Rubinzal Culzoni, 2009-1, p. 17 y ss.

La concepción humana acerca del concepto "tiempo" ha variado en el pasado y presente, como consecuencia de múltiples visiones, históricas, filosóficas, sociales y culturales. Desde la filosofía griega se lo representó como un principio de orden, que fue perdiendo los rasgos de arbitrariedad hasta asumir la función de un juez, cuyos dictados formaban una jurisprudencia segura e inapelable.⁽⁴⁾ Para Aristóteles, el presente es determinado por el modo de ser de la realidad, posiblemente diferente en función del cambio en esta realidad; así, el cambio originará un nuevo elemento en ese conjunto de partes en movimiento que es el tiempo.⁽⁵⁾ Ha sido también estudiado desde la física cartesiana como variable de medición, inserto en las nociones de creación o preservación continua.⁽⁶⁾

La perspectiva sociológica por su parte aporta la utilidad de esta noción en la explicación de cuestiones de las ciencias humanas en general.⁽⁷⁾ Norbert Elías advierte que la forma sustantivada del concepto "tiempo" puede llevar a reflexiones equívocas:

"...si en castellano existiese una forma verbal del concepto tiempo (...) como se da en el inglés 'timing' (...) quedaría claro el carácter instrumental del tiempo. En lugar de esto, el vocabulario ofrece (...) expresiones verbales del tipo 'determinar el tiempo' o 'medir el tiempo', con las cuales se sigue dando la impresión de que hay algo, precisamente 'el tiempo', que se trata de determinar o medir (...) reforzando una vez más el mito del tiempo como algo que, en cierto sentido, se encuentra allí, existe y que, como algo presente, pueden determinar o medir los hombres...".

(4) SOLÓN (638 a. 558 a. C.), *La idea del hombre*, § 7 y 9, citado por NICOL, EDUARDO. "Los conceptos de espacio y tiempo en la filosofía griega", en *Dianoia*, México, 1995, vol. 1, n° 1.

(5) Ver ARISTÓTELES, *Physica IV*, citado por ALARCÓN, ENRIQUE, "Presente y acción en Aristóteles", en *Revista de Filosofía Tópicos*, Universidad Panamericana. Ver texto en: http://topicos.up.edu.mx/topicos/wp-content/uploads/2012/12/TOP17_Alarcon_presente_accion_aristoteles.pdf

(6) "El mismo poder y acción se requieren para preservar algo en cada momento individual de su duración, que el que sería necesario para crear esa cosa de nuevo si no existiera ya". Descartes, citado por MONROY NASR, ZURAYA, "Creación continua y tiempo en la filosofía natural de René Descartes", *Anuario de Filosofía*, México, UNAM, 2008, vol. 2.

(7) ELÍAS, NORBERT, *Sobre el tiempo*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1989.

No se pueden investigar las formas de la vivencia del tiempo como un aspecto aislado de las actitudes sociales de los hombres.⁽⁸⁾

El factor tiempo es también inherente a la ciencia jurídica y elemento determinante en el nacimiento y ejercicio de los derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha insistido acerca de la incidencia de la dimensión temporal en el derecho en general⁽⁹⁾ y en particular en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como expresara el juez Cancado Trindade en su voto concurrente en la OC-16,⁽¹⁰⁾

“...toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado (...) a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Ésto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano y de cierto modo, también al tiempo existencial de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo”.⁽¹¹⁾

Dentro de este campo, el elemento tiempo reviste importancia peculiar en las cuestiones de infancia. En un primer aspecto, tal como explica Resta, el tiempo es inherente a la concepción misma de niñez; desde su raíz epistemológica (*in-fanzia*) indica una edad de la vida y la condición neutra de un tiempo contrapuesto a otros; es término derivado del latín que define la edad en la cual no se habla o se habla mal. También es inicio de una historia, algo que todavía no es y por ello vive de esperas; “...es propiamente

(8) ELÍAS, NORBERT, *op. cit.*

(9) Voto razonado del Juez Cancado Trindade, caso “Blake vs. Guatemala” (24/01/1998).

(10) OC-16/99 (01/10/99), *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.*

(11) Voto del Juez Cancado Trindade, OC-16 CIDH cit.; ver TEDH, “Tyrer vs. Reino Unido”, 25/04/1978, Series A, n° 26, pp. 15/16, párr. 31; “Loizidou vs. Turquía”, 23/03/1995, p. 23, párr. 71.

allí, en el estar en el tiempo, en el ser siempre en relación con otras edades y otras épocas, que el nudo de la infancia se disuelve. Es en una relación y en un (...) 'estar entre' que va leído y medido".⁽¹²⁾

Desde una segunda perspectiva, el tiempo tiene una cualidad de inherencia a cada decisión jurisdiccional relacionada con un niño; algo que Resta define como "economía del tiempo" y que refiere al desarrollo de los procesos en varias etapas que involucran meses o años: se trata de tiempos institucionales "...que se presentan con su lentitud y sus improbables aceleraciones, con sus necesidades y con sus ritos y, no raramente, con sus absurdos".⁽¹³⁾

El tiempo presenta así un "efecto instituyente-destituyente" en las relaciones de familia e infancia y en las decisiones jurisdiccionales, advirtiendo a los operadores que, además del presente fáctico, hay otro, un presente posible para ese niño.⁽¹⁴⁾

2 | Fragmentaciones del meta-concepto "tiempo" en las intervenciones estatales de separación familiar de niñas, niños y adolescentes

La relación entre tiempo y procesos o, más ampliamente, entre tiempo e intervenciones estatales en la vida familiar de niñas, niños y adolescentes (NNA) se exhibe desde diversos aspectos sobre los que intentaremos reflexionar: 1) el tiempo de duración de procesos administrativos y judiciales —y de la toma de decisiones— de separación familiar; 2) el tiempo como factor de justificación de sentencias de amparo a la vida familiar aún de hecho; 3) el tiempo en el aseguramiento anticipado de una inserción familiar oportuna; 4) el tiempo como factor que sella la ineficacia de restitución del derecho a la vida familiar y determina otras posibles respuestas de tutela de derechos relacionados con el origen familiar.

.....

(12) RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Bs. As., Ad Hoc, 2008, p. 24 y 32.

(13) RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, op. cit., p. 78.

(14) BALLARÍN, SILVANA, *La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2013, p. 417 y 439.

2.1 | Tiempo y procesos administrativos y judiciales de separación familiar

La cuestión de los tiempos en los procesos de desmembración familiar de NNA —más específicamente, de adopción— ha sido tema de preocupación del legislador nacional. Si bien ésta resulta materia propia al derecho procesal, la regulación sustancial entendió necesaria una unidad reglamentaria que da cuenta de la íntima vinculación entre “forma y fondo” en materia de adopción. Esto se observa en la ley 24.779 y en el diseño del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,⁽¹⁵⁾ que profundizó las cuestiones instrumentales unificando el modo en que las decisiones deben ser dictadas; en especial, “en qué tiempos”.

La adopción, como institución dirigida a materializar el derecho constitucional de NNA a la vida familiar⁽¹⁶⁾ (art. 20 CDN), opera con carácter subsidiario⁽¹⁷⁾ debiendo agotarse previamente las posibilidades de reintegro al ámbito de origen.⁽¹⁸⁾ Por ello, técnicamente no resulta apropiado partir de una mirada recortada del “proceso de adopción” para analizar el desarrollo de las intervenciones estatales, obviando el abordaje previo y más determinante.

En la regulación vigente —ley 24.779 y 26.061— el proceso de adopción es precedido por otras instancias iniciales en que se decide adminis-

(15) Ingresado a la Cámara de Senadores de la Nación en fecha 08/06/2012, Exte. 884-PE-2012.

(16) Que debe primero satisfacerse en el ámbito de origen, conforme exigencia constitucional de garantizar al niño el derecho “a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (art. 7), la “preservación de las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas” (art. 8), la no separación de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto en interés superior del niño (art. 9). FERNÁNDEZ, SILVIA “Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción”, en *Revista Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 58, p. 83 y ss.

(17) HERRERA, MARISA, *El derecho a la identidad en la adopción*, Bs. As., Ed. Universidad, 2008, t.1, p. 267; “Consentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a buen puerto. Con-sentimiento informado y adopción”, *RDF* 27, p.73; STJ Santiago del Estero, 11/12/2006, *RDF* 2007-II, p. 207.

(18) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA; HERRERA, MARISA, *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Bs. As., Ediar, p. 572. El Proyecto establece como objetivo de la adopción la protección del derecho de NNA a vivir en familia, cuando los cuidados “no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (art. 594); menciona entre sus principios: “el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (art. 595 inc. c), y la improcedencia de declaración de adoptabilidad “si algún familiar o referente afectivo” ofrece asumir su guarda o tutela “y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este” (art. 607).

trativa y judicialmente la separación temporal del NNA de su ámbito familiar —Medidas excepcionales de protección de derechos, art. 39 de la ley 26.061— y, frente al fracaso de las estrategias de restitución, la inserción en familia alternativa con miras a adopción.

Este *iter* legal exhibe un vacío relativo al momento en que se adopta la decisión de desvinculación familiar definitiva del niño. Esta ausencia posibilitó la diagramación de intervenciones diversas; bajo la vigencia del Patronato de Estado —ley 10.903 nacional y 10.067 pcia. de Buenos Aires— la actuación discrecional de los Jueces de Menores permitió la separación familiar definitiva de NNA sin cumplimiento de las normas del debido proceso en relación a la familia de origen. La jurisprudencia procuró modificar estos modos de intervención a través de la creación pretoriana de la “declaración en estado de adoptabilidad”, resolución que importa una seria limitación a la responsabilidad parental,⁽¹⁹⁾ dirigida a dos objetivos: a) fijar un hito que determine la dirección de la intervención⁽²⁰⁾ y b) hacerlo en tiempo oportuno; sin perjuicio del cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de los progenitores en este proceso (art. 18 CN).⁽²¹⁾

Tal como expresamos en otra oportunidad,⁽²²⁾ el problema de los tiempos⁽²³⁾ no se ubica en el proceso adoptivo, sino en sus etapas previas: las que reconocen su antecedente en la operatividad del Sistema de Protección Integral de Derechos de NNA (SPID) en cuyo marco fueron adoptadas las Medidas de Protección de Derechos Excepcionales (art. 39 y ss. ley 26.061)⁽²⁴⁾ ante cuyo fracaso se habilitan las acciones dirigidas a una

(19) JALIL MANFRONI, M. VICTORIA, “La protección del principio de reserva del cuerpo de guarda preadoptiva”, *Actualidad jurídica. Familia y Minoridad*, Córdoba, junio 2004, vol.1 y 2, p. 165.

(20) HERRERA, MARISA, *El derecho...* op. cit., p. 492, SCBA 2/04/03, Ac 78.013, CCCom sala 2°, La Plata, 26/10/04, CCCom, sala 2°, San Isidro 05/06/05; CCCom Bahía Blanca, 13/12/05, entre otros.

(21) Que exige la existencia de su eventual consentimiento mediante un proceso integrado por acciones que apuntan a brindar asistencia, apoyo y escucha. HERRERA, MARISA, op. cit., p. 360.

(22) FERNÁNDEZ, SILVIA, op. cit.

(23) Recomendamos excelente trabajo de GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, “¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del Alto Tribunal”, en *JA*, 05/10/2005, p. 26.

(24) Art. 39 ley 26.061: “Medidas Excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como obje-

futura inserción familiar. Este punto temporal se visualiza como la "fase crítica" de la intervención, al involucrar la necesidad de certeza de la decisión de separación en el interés del niño (art. 9 CDN).

Durante este "tiempo de decisiones"⁽²⁵⁾ los NNA se encuentran alojados en un ámbito familiar alternativo o espacio institucional; "¿Cuánto tiempo espera el NNA?, ¿el tiempo de la espera (...) ¿es compatible con el tiempo del hacer operativo jurisdiccional?"⁽²⁶⁾ Determinar un lapso idóneo para estas decisiones resulta tarea compleja, pues detrás de la indefinición de los tiempos de "los procesos de adopción", confluyen la necesidad de compatibilizar la exigencia de pronta resolución de la situación del niño con el cumplimiento de los plazos del debido proceso de sus progenitores. Esto pone en juego trascendentes intereses: los de los niños, los de los pretensos adoptantes y los padres biológicos, cuya parentalidad se extinguirá.⁽²⁷⁾ Toda duración excesiva de un proceso conspira contra la efectividad de la justicia, aunque en materia de tan severa afectación de derechos como la adopción, justicia "rápida" no debe confundirse con justicia "apresurada" y, tal vez, viciosa. Más que hablar de rapidez del proceso, la eficacia de la justicia exige "tempestividad",⁽²⁸⁾ es decir, oportunidad de las intervenciones.

La eficacia de la tutela judicial es un estándar del derecho internacional humanitario⁽²⁹⁾ relacionado con las garantías fundamentales de acceso a la justi-

.....

tivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen".

(25) CÁRDENAS, EDUARDO, "Hogares de tránsito y adopción. ¿Compartimentos comunicados o estancos?", *DJ* 2004-3, p. 1153 y ss.

(26) OBLIGADO, CLARA A., "La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción semiótica del fenómeno", en *Revista de Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 56, Abeledo Perrot, p. 83.

(27) STConstitucional Español, sala 2, 75/2005, 04/04/2005, 58/2008, 28/4/2008, RDF 40-2009, Valladolid, Lex Nova, p.139.

(28) Término empleado por ARBONES, MARIANO, *op. cit.*

(29) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3, inc. a, b y c; art. 8 CADH: "... toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formu-

cia, el plazo razonable para la determinación de los derechos⁽³⁰⁾ y el derecho a una decisión oportuna (arts. 8, 25 CADH, art. 2 PIDCyP, art. 18 CN, art. 15 CPBA). En palabras de la Corte IDH, el nuevo *corpus juris* de derechos humanos impide ser indiferentes "...al tiempo existencial; las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos".⁽³¹⁾

Así, entre los nuevos derechos y garantías incorporados para la protección del individuo⁽³²⁾ y la adecuada defensa judicial de los derechos,⁽³³⁾ surge la garantía de plazo razonable, calificada por la Corte IDH como inherente al acceso a la justicia: "...el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales...",⁽³⁴⁾ las que resultan exigibles en materia penal, civil, laboral, o de cualquier carácter.⁽³⁵⁾

Sin embargo, y como también alerta la Corte IDH, el concepto de plazo razonable no es de sencilla definición. Según la Corte Europea de Derechos Humanos⁽³⁶⁾ para determinar la razonabilidad del plazo debe efectuarse un

.....
lada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..."; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6: "... toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella..."; art. 37.d CDN: "d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada,(...)y a una pronta decisión..."

(30) Sin perjuicio de la entidad en materia familiar de los precedentes "Fornerón" (27/04/2012) y "Furlán" (31/08/2012), la Corte IDH había condenado a la Argentina por violación a la garantía de plazo razonable en "Torres Millacura y otros vs. Argentina", 26/08/2011 y "Bayarri vs. Argentina", 30/10/2008.

(31) Voto Juez Cancado Trindade, OC-16 Corte IDH, *op. cit.*

(32) Corte IDH OC-9/87, 06/10/87, Serie A N°. 9; párr. 27; OC-8/87, 30/01/87, Serie A N°. 8; párr. 25

(33) Corte IDH OC 9/87, cit. p. 28; OC-16/99; casos "Genie Lacayo", 29/01/97, Serie C N° 30; párr. 74; "Loayza Tamayo", 17/09/97, Serie C N°. 33; párr. 62.

(34) Corte IDH "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago". 21/09/2002, p. 145

(35) CortelDH OC 11/90; 10 de agosto de 1990.

(36) TEDH "König", 28/06/78, Serie A n° 27; "Zimmermann y Steiner", 13/7/83, Serie A, n° 66.

análisis global del procedimiento que permita precisar si se afectó esta garantía según las características de cada caso. Siguiendo a su par europea, la Corte IDH afirmó que para determinar la razonabilidad del plazo se deben considerar: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada.⁽³⁷⁾ La imposibilidad de medir “un tiempo” fijo para todos los procesos lleva a aplicar una idea íntimamente relacionada: la noción de “dilaciones indebidas”, a evitarse para satisfacer la exigencia de eficacia.⁽³⁸⁾

Específicamente en relación a nuestra materia, la Corte IDH expresó que:

“...en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”.⁽³⁹⁾
“... la mayor dilación en los procedimientos (...) podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”.⁽⁴⁰⁾

Desde la perspectiva nacional, la Corte Suprema de Justicia reforzó en varios pronunciamientos los estándares sentados tiempo atrás en el caso “Ataka”,⁽⁴¹⁾ perfeccionando el concepto de privación de justicia,⁽⁴²⁾ juzgan-

(37) Corte IDH, “Genie Lacayo”, citadob por; “Suarez Rosero” 12/11/1997; “Furlán”, 31/08/2012.

(38) GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, “El plazo razonable en los procesos constitucionales”. Ver texto en: <http://dpccgozaini.blogspot.com.ar/2010/08/el-plazo-razonable-en-los-procesos.html>

(39) Corte IDH, “L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay”, resolución 01/07/2011, p. 16.

(40) Corte IDH, “Fornerón L. e hija vs. Argentina”, 27/04/2012.

(41) CSJN, “Ataka Ltda c/ González Ricardo y otros”, 20/11/73, LL 154-85; CSJN, “Mattei”, Fallos 272:188 (1968); “Mozzatti”, Fallos 288:403 (1974).

(42) Fallos 312:2434; 311:1604; 305:913; 331: 287; 330:518; 328:4615; 322:662; 315:1940; 306:431; 300:983; 300:1115; 291:540.

do inconstitucional la prolongación indefinida del proceso⁽⁴³⁾ e incluyendo al “principio de razonabilidad de la duración de los procesos judiciales” dentro de la “tutela judicial efectiva”.

Sin embargo, la garantía de plazo razonable no es exclusivamente direccionada al órgano jurisdiccional. Los destinatarios pasivos de este deber son el legislador (deber de protección normativa), el juez (deber de tutela jurisdiccional), el Ejecutivo (deber de dotación).⁽⁴⁴⁾ Así, el derecho al plazo razonable involucra también la actividad de la autoridad administrativa, tal como han expresado la CSJN⁽⁴⁵⁾ y la Corte IDH en punto a que la exigencia convencional del derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos comprende a cualquier autoridad pública que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones, es decir, cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.⁽⁴⁶⁾

Observador de estos postulados, el Proyecto de Código Civil y Comercial introduce la fijación de plazos concretos en los procesos adoptivos. La declaración judicial en situación de adoptabilidad (art. 607) se dicta: **a)** cuando un NNA no tiene filiación establecida, o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por el organismo administrativo en un plazo máximo de 30 días, prorrogables por igual plazo fundado; **b)** cuando los padres toman la decisión libre e informada de que el NNA sea adoptado, lo que sólo será válido luego de los 45 días del nacimiento —bajo pena de nulidad relativa, art. 635— ;**c)** cuando las medidas

(43) CSJN, Fallos 333:1639; 332:1512; 330:1261; 328:2833; 326:2868; 324:1944; CSJN, 06/05/2008.

(44) GUILHERME MARINONI, LUIZ, “Derecho fundamental a la duración razonable del proceso”. Ver texto en: http://www.academia.edu/218539/Derecho_Fundamental_a_la_Duracion_Razonable_del_Proceso

(45) CSJN, “Losicer, Jorge y otros c/ BCRA-Resol. 169/05”, 26/06/2012: “... el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional (...) cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento pueda erigirse en óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial...” debiendo respetarlas “todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”.

(46) Corte IDH, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, 31/01/2001, p. 71; “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, 02/02/2001, p.124 y 127.

excepcionales dirigidas a que el NNA permanezca en su familia de origen, no dan resultado en un plazo máximo de 180 días.⁽⁴⁷⁾ Vencidos estos plazos, el organismo administrativo debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad en 24 hs., aplicando el juez el “procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción”,⁽⁴⁸⁾ finalizando con la sentencia que declara la situación de adoptabilidad y dispondrá las medidas pertinentes para, en un plazo máximo de 10 días, seleccionar postulante del Registro de adoptantes.⁽⁴⁹⁾

Por su parte, la guarda con fines de adopción no es un proceso independiente, sino un paso intermedio entre la situación de adoptabilidad y la adopción, dirigido a cumplir la finalidad de evaluación del vínculo afectivo entre los pretensos adoptantes y el niño⁽⁵⁰⁾, cuyo plazo será fijado por el juez y no puede exceder 6 meses. La celeridad es reflejada también en el proceso de adopción, imponiendo su promoción aún de oficio cumplido el plazo de guarda (art. 616).⁽⁵¹⁾

2.2 | El tiempo como factor justificante (determinante) de decisiones de separación familiar o de convalidación de situaciones de hecho

Los efectos del transcurso del tiempo han sido tomados en cuenta a la hora de adoptar decisiones eventualmente modificatorias del status quo de NNA provisoriamente separados de su familia. Sea a los fines de resolver la admi-

(47) El plazo es el establecido por la ley 26.061 y decreto 415/2006 (90 días para la MPDE, prorrogable por causa fundada por igual lapso (art. 39. Se alude a un plazo *máximo*).

(48) Son partes el NNA con edad y madurez suficiente con asistencia letrada, los padres/ representantes legales, el organismo administrativo, el Ministerio Público. Sin revestir carácter de partes, pueden participar parientes y referentes afectivos (art. 608). La competencia corresponde al juez que ejerció el control de legalidad de la MPDE (art. 609).

(49) La selección desde el Registro es esencial, bajo pena de nulidad absoluta, art. 634, inc. h).

(50) HERRERA, MARISA, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc”, Suplemento Especial; “El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil”, en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.) Marisa Herrera (coord.), en JA 2012-II, 20/06/2012, p. 84 y ss.

(51) Son partes los pretensos adoptantes, el adoptado con edad y grado de madurez, con asistencia letrada, el Ministerio Público y la autoridad administrativa (art. 618). El pretense adoptado debe ser oído y tener en cuenta su opinión, bajo pena de nulidad relativa, art. 635 C). Es recaudo de nulidad absoluta requerir el consentimiento del adoptado mayor de 10 años (art. 634 inc i).

sibilidad de pedidos de restitución efectuados por los progenitores, sea para decidir la eventual convalidación de situaciones de hecho consolidadas aún por fuera de los mecanismos legalmente impuestos para una futura adopción.

Desde el primer aspecto, se ha resuelto favorablemente el reintegro a los progenitores cuando transcurrió tiempo escaso de separación. Ha sostenido el TEDH que hace al interés del niño mantener su relación con su familia y que romper este lazo implica privarlo de sus raíces; conforme el interés del niño sólo ante circunstancias excepcionales en que la familia haya demostrado no ser la adecuada, resulta justificada la rotura de los lazos familiares.⁽⁵²⁾

La Corte IDH ha asumido intervención anticipada bajo el encuadre de medidas preliminares, sosteniendo que:

“...el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual (...) El paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña”.⁽⁵³⁾

Estas valoraciones han fundamentado decisiones de reintegro familiar en el ámbito local.⁽⁵⁴⁾ El Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero⁽⁵⁵⁾ revisó la sentencia que priorizó el tiempo de convivencia del niño con sus guardadores (8 meses); valorando el cuestionamiento del consentimiento de los padres en legal forma (conf. art. 21 ap. a) CDN) “bajo pena de nulidad” (art. 317 CC inc. a), consideró que ante la corta

.....

(52) TEDH, “W. vs. United Kingdom”, 1987.

(53) En el marco habilitado por el art. 63.2 CADH: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”; Corte IDH, “L. M. Medidas provisionales respecto de Paraguay”, 01/07/2011.

(54) Cam. Nac. Civ, Sala M, 12/05/2004. [elDial.com-AA6BEF](#); CCCom Cruz del Eje, 14/06/2000, [elDial.com-AA6B94](#); J. Fam. San Martín n°1, 24/09/2007 *RDF* n° 39, p. 184 y ss.; Cám. Apelac. Noroeste del Chubut (disidencia Dr. Margara), 08/07/2004, [elDial.com-AA225C](#).

(55) STJ Santiago del Estero, Sala Civ. y Com., Exte. 16.017/2006, “M. M. M. de L. y otro”, 11/12/2006.

edad del niño debía darse prevalencia al vínculo biológico, acogiendo la medida cautelar de reintegro. El fallo definió al interés superior del niño en el caso como la necesidad de evitar la prolongación de la interrupción de los lazos de origen, sin excluir una eventual vinculación con los guardadores mediante un régimen de comunicación adecuado y controlado. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema Nacional, fijando plazo a efectos de su ejecución —no más de 60 días— con el auxilio interdisciplinario necesario.⁽⁵⁶⁾

A la inversa, el tiempo ha sido factor determinante de resoluciones que importaron la convalidación judicial de situaciones de hecho consolidadas aún por fuera de los mecanismos legales para la constitución de una adopción. Al amparo de la pretendida satisfacción del “interés superior” del niño, se han fundado decisiones que en verdad se asientan en la observancia del tiempo transcurrido y la altísima dificultad de revertir situaciones que el tiempo “ha sentenciado”.⁽⁵⁷⁾

Un conocido precedente de la CSJN expresó que:

“...la regla del derecho interno (...) que desaconseja separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C.S. consiste en no modificar su actual situación fáctica por el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse”.⁽⁵⁸⁾

También ha sido el tiempo el que ha justificado la convalidación de situaciones de nacimiento irregular, v. gr. en supuestos de guarda de hecho y desprendimiento del niño por fuera del mecanismo legal de previa inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (RUA, ley 25.854). Así, más allá de la prohibición de entrega en guarda directa (art. 318 CC) que da apertura al contractualismo⁽⁵⁹⁾ —contrario el

(56) CSJN, “M., M. M. de L. y otro”, 04/09/2007.

(57) Ver GROSMAN CECILIA y HERRERA, *op. cit.*

(58) CSJN, “S., C. s/ adopción”, 2-VIII-2005, RDF 2006-I-13, revocando la sentencia de la SCBA que había resuelto el reintegro a la familia de origen. CSJN A. 418. XLI. “A., F. s/ protección de persona”, 13/03/2007, Dict. del Procurador General.

(59) Art. 35 CDN: “...los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma...”.

orden público en materia de adopción—⁽⁶⁰⁾ y eventual tráfico. Muchas situaciones fácticas han sido judicialmente justificadas⁽⁶¹⁾ valorando la guarda de hecho junto con el factor tiempo, acreditando la vinculación y el mejor interés del niño en el caso concreto.⁽⁶²⁾

No todas las sentencias que han hecho prevalecer el factor tiempo a la hora de convalidar situaciones de hecho nacidas fuera del mecanismo del RUA, han discriminado la situación de “entrega directa vincular” —modo en que referimos a aquéllas en que existe vínculo afectivo o parentesco previo entre las partes y/o con el niño—⁽⁶³⁾ de aquéllas directamente relacionadas con el rol-objeto del niño y su comercialización⁽⁶⁴⁾ —independientemente de la cualidad de retribución—,⁽⁶⁵⁾ circulándolo de un núcleo familiar a otro, carente de lazo biográfico o histórico.⁽⁶⁶⁾

Las guardas de hecho plantean en su aproximación a la justicia, la necesidad de una seria evaluación que pone en jaque la injerencia estatal

.....

(60) HERRERA, MARISA, *El derecho a la identidad*, op.cit., p. 380.

(61) LEVY, LEA, *Régimen de adopción*. Ley 24.779, Bs. As., Astrea, p. 64; CÉDOLA, CAROLINA y JORGE, CARINA “El derecho del niño a que los padres de origen elijan a la familia adoptante”, Ponencia XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22/ 26 de octubre, 2012; MEDINA, GRACIELA. “Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor”, en *Revista de Derecho de Familia y Persona*, diciembre 2009 p. 110 y ss.

(62) La integración familiar y afectiva de un niño consolidada durante el período de guarda de hecho difícilmente podrá ser revertida, salvo que el juez advierta que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta su interés. MINYERSKY, NELLY y LEVY, LEA “La autonomía de la voluntad y la adopción” en *RDF n° 15*, p. 69 y ss.; MIZRAHI, MAURICIO, “Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores”, *LL 2003-F-1146*.

(63) Cám. Civ. Com Mercedes 29/07/2005, *RDF 2006-I-163*.

(64) HERRERA, MARISA, *El derecho a la identidad...*, op. cit., p. 375.

(65) Múltiples significados exceden la noción de “compra” de un niño. Se ha defendido la honestidad, desinterés, solidaridad de quienes aportan dinero a la madre, asumen los costos de parto, del proceso de adopción, cuando se trata muchas veces de la captación de mujeres en condiciones de miseria, a quienes se les ofrece paliar su situación; CARMINATI, A. y VENTURA, A., “Guardas puestas: cuando se convalida algo más que una entrega”, Bs. As., 2003. Por su parte, 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” (AGONU, Res. A/RES/54/263, 25/5/00) 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).

(66) Ver doctrina SCBA, C. 115.696, “N. N. o A, G. M. s/ Medida de abrigo”, 11/04/2012.

como garante de los derechos del niño en el marco de un paternalismo justificado⁽⁶⁷⁾ y el alcance de las “autonomías” personales en materia de adopción. Se miden factores como la situación del niño en ese grupo familiar —consolidada o no—,⁽⁶⁸⁾ el origen de la guarda, la existencia de contraprestaciones en la entrega,⁽⁶⁹⁾ la vinculación preexistente entre madre y peticionantes⁽⁷⁰⁾ y sin dudas, el tiempo transcurrido. El conflicto se plantea al momento de decidir la eventual separación del niño de ese ámbito familiar cuando transcurrió un plazo considerable, reparando desde una mirada interdisciplinaria en algo más que la norma: el impacto del tiempo como forjador de vínculos entre el niño y los guardadores.

Resulta complejo trazar una solución única para estos casos; cada cual requerirá una mira individualizada. Pero no es válida la sola invocación del transcurso del tiempo para forzar la convalidación:

“...con sólo la guarda de hecho y un plan de los pretensos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre (...) no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción (...) La justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta al niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoga está constreñida en respetar. Lo contrario violenta la tutela judicial efectiva que reclama el respeto del procedimiento previsto por la ley (arts. 3, 12, 20 y 21.1 CDN, 18 CN; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 ley 26.061)”.⁽⁷¹⁾

(67) GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Bs. As., 1987, vol XIII.

(68) Cám. Nac. Civ., Sala K, 27/12/2005, LL 2007-B-623.

(69) “La entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad”, Corte IDH, “Fornerón”, 27/04/2012.

(70) SCBA, C. 115.696, 11/04/2012.

(71) C. 115.696, “N.N. o Areco, Giovanna Martina. Medida de abrigo”, 11/04/2012.

Pero es cierto que una lectura de varios precedentes que convalidaron guardas nacidas por fuera del mecanismo legal permite observar que la construcción del “interés superior del niño” en el caso concreto ha sido desde la observación del tiempo como forjador de lazos afectivos familiares⁽⁷²⁾ que desaconsejan la separación.⁽⁷³⁾ Genéricamente, es el reparo a los eventuales daños que causaría al niño una separación frente a un tiempo extenso en guarda de hecho, lo que ha sostenido decisiones judiciales aprobatorias, aún frente a la inexistencia de vínculo afectivo, violación de las normas del Registro para adopción,⁽⁷⁴⁾ prestaciones en especie en favor de la madre al desprendimiento del hijo,⁽⁷⁵⁾ etc.

Frente a este complejo debate la Reforma de Código Civil y Comercial prohíbe la entrega directa en su art. 611:

“Prohibición. 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 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

.....

(72) CSJN, 19/02/2008, RDF 2008-III-1, disponiendo el otorgamiento de guarda preadoptiva a quienes recibieran en guarda directa a una niña a los pocos días de nacida; no conocían a la madre biológica siendo contactados por terceros. En mérito al tiempo la Corte convalida la guarda.

(73) Las decisiones muchas veces condicionan el bienestar futuro de un niño por un presente que silencia las irregularidades; en beneficio de la duda del daño se renuncia a la legalidad para evitar la escena –insostenible– invadida por el afectivismo, de separarlo de quienes lo han cuidado. Ver SIDERIO, ALEJANDRO. “Una excepción que ¿Confirma o hace peligrar la regla?”, RDF 2009-II.41.

(74) SCBA, AC 73814 S 27-9-2000, DJBA 159, 193; SCBA, AC 84418 S 19-6-2002: “si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura”. CSJN, 16/09/2008: esta inscripción no puede constituirse en un recaudo que se sobreponga al principio central del interés superior del niño.

(75) Cám. Civ. Com La Matanza, Sala I, 30/06/2011, “NN o A., G. s/abrigo”, AR/JUR/29891/2011, validando la permanencia con los guardadores de hecho —durante 7 meses— interpretando su actuar como “un deber de gratitud y dependencia a favor de la madre biológica por la guarda delegada”.

niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”.

La solución es coherente con la sanción de nulidad absoluta que provoca la violación de la selección de postulantes del RUA⁽⁷⁶⁾ y se relaciona con la exigencia de agotar las posibilidades de permanencia en la familia de origen (art. 607), que exige permitir la labor de los órganos administrativos y judiciales dirigida a evitar la separación y procurar la permanencia del niño en el ámbito familiar ampliado.⁽⁷⁷⁾

La paradoja del factor tiempo fue puesta de manifiesto por la propia Corte Interamericana en el caso “Fornerón”, luego de expresar que:

“... la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño (...) no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”, resolviendo que “sin embargo, la Corte no puede obviar lo excepcional de este caso, la circunstancia que se han desarrollado vínculos de la niña con sus padres adoptivos y con su entorno social en el cual ella se desenvuelve desde hace casi doce años”.

Desde una perspectiva de derechos humanos se criticó esta conclusión señalando:

“...que la medida de reparación, que en principio hubiera sido la adecuada para una violación de derechos humanos (la restitución), no puede decretarse no por una circunstancia

(76) SCBA, 02/04/03, *RDF* 2004-III. p. 75. Cám. Civ. Com Mercedes, Sala I 23/12/2004; CCCom Mar del Plata, Sala II, 23/09/1999, ED 186-235; SC Mendoza, Sala I, 25/11/2002; STJ Formosa, 04/02/2003 *LL Litoral* 2003, julio 707; CSJN, 16/09/2008, L 2009-A-450; Cám. Civ. Com Santiago del Estero, Sala I, 19/02/2010, *LL online*, AR/JUR18623/2010; STJ Misiones, 28/004/03, *LL Litoral* 2004-890. Cám. Civ. Com. Lab Minería Neuquén, Sala I, 31/03/2009, *RDF y P*, diciembre 2009-110.

(77) Art. 7 dec. 415, ley 26.061. Según la Corte IDH, la CADH no protege un concepto cerrado de familia y el término “familiares” abarca todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, OC-17/02.

de hecho sino por el efecto de lo que en definitiva es otra violación de derechos humanos. De modo adicional sobre este primer punto resulta lamentable que la Corte Interamericana no haya tomado la oportunidad para señalar que esta situación no es el resultado exclusivamente del accionar de la República Argentina, sino también de la dilación con la que la denuncia fue tratada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.⁽⁷⁸⁾

El TEDH ha señalado que el respeto efectivo del derecho a la vida familiar implica que las futuras relaciones familiares de un niño no sean determinadas por el mero transcurso del tiempo.⁽⁷⁹⁾ El art. 8 CEDH requiere que las autoridades nacionales establezcan un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de los padres, debiendo darse especial importancia al interés superior del niño. Sin embargo, el art. 8 CEDH obliga a procurar reunir a un padre con su hijo.⁽⁸⁰⁾ En el caso “Görgülü vs. Germany”, el Tribunal admitió que una separación inmediata de la familia adoptiva y el niño podría haber tenido efectos negativos sobre su estado físico y mental; sin embargo, teniendo en cuenta que el solicitante era el padre biológico y se mostró dispuesto y capaz de cuidar de él, consideró que

.....

(78) La petición fue presentada por la víctima el 14/10/2004, la Comisión se expidió sobre su admisibilidad el 26/10/2006, emitió el informe de fondo el 13/07/2010 y sometió el caso a la Corte el 29/11/2001, quien dictó sentencia el 27/04/2012 (8 años). BARREIROS, LUCAS y UMAN, NADIA, “Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Derecho de familia*, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 58 p. 17.

(79) TEDH, “Görgülü vs. Alemania” 24, 24/02/2004. El demandante reclama al Estado alemán por no permitirle establecer un vínculo con su hijo extramatrimonial, quien había sido dado en adopción por la madre al nacimiento. A los dos meses de este hecho, el demandante reclamó su paternidad, se ofreció para el cuidado y efectuó reconocimiento de paternidad; no obstante, se lo derivó a la iniciación de procesos judiciales y la confirmación de su paternidad mediante pruebas genéticas. Las instancias de origen fueron determinadas vinculaciones provisionales pero el Tribunal de Apelaciones las suspendió. La Corte distrital resolvió el reintegro del niño a su padre en marzo de 2001. En junio de 2001, la Corte de Apelaciones de Naumburg revocó la decisión. El TEDH concluyó que la Corte partió de una premisa equivocada al dar más importancia a la relación del niño con sus padres adoptivos, sin considerar que la anulación total de toda relación de un hijo con su padre únicamente puede justificarse en circunstancias excepcionales, que no se daban allí.

(80) TEDH, “K. y T. vs. Finlandia”, n° 25702/1994, p.178, “Johansen vs. Noruega”, 07/08/1996, Repertorio de sent. y res. 1996-III, p. 1008, p. 78; “Olsson vs. Suecia” 24/03/1988, serie A, N° 130. p. 36, p. 81.

el Estado nacional no examinó entre las posibles soluciones la viabilidad de unificación padre e hijo con el menor daño para este último; por el contrario, sólo se centró en los efectos inminentes que la separación de sus padres de acogida tendría en el niño, pero no tuvo en cuenta los efectos a largo plazo que una separación permanente de su padre natural podría tener en el niño, violando así el derecho a la vida familiar del solicitante (art. 8 CEDH).

A similares conclusiones llegó en el caso "Saleck Bardi"⁽⁸¹⁾ recordando que "para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar". Reiteró que el respeto a este derecho exige que las relaciones futuras entre padre e hijo se regulen sobre la base del conjunto de elementos pertinentes y no por el mero paso del tiempo, habiendo constatado falta de diligencia en el procedimiento por las autoridades españolas y la inaplicabilidad de sanciones frente a las actitudes obstruccionistas de la familia de acogida.

En el caso "K.A.B.C. c/ España",⁽⁸²⁾ el Tribunal Europeo declaró la violación al art. 8 del CEDH, ampliando el concepto de "vida familiar" extendiéndolo a la relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre y su hijo. En el caso, el derecho a la reagrupación del demandante con su hijo se incluye en el art. 8 CEDH según la Corte, pues no obstante que el demandante expresó en sucesivas ocasiones su deseo de restablecer el contacto con su hijo, las autoridades nacionales ignoraron su derecho a la vida familiar.

(81) TEDH, "Saleck Bardi vs. España", 24/05/2011. Se trataba de la demanda interpuesta por la Sra. Saleck Bardi contra España alegando violación a su derecho a la vida familiar (art. 8) y a un proceso equitativo y justo (art. 6). Saleck vivía en un campo de refugiados de Argelia y en 2002, en el marco de un programa de vacaciones organizado por la Federación de Asociaciones de Amigos del Pueblo Saharaui dejó a su hija de 10 años al cuidado de una familia de acogida. La estancia se prolongó aduciendo razones de salud, hasta que en 2004 la madre reclamó formalmente. Ante la oposición de la familia, la Administración declaró el estado de desamparo, otorgó la custodia alegándose el distanciamiento de su madre. Éta no fue citada. Cuando pudo efectivizarse un encuentro con su hija, ésta ya tenía 15 años y prefirió quedarse con los guardadores.

(82) TEDH, 10/04/2012. Dos nigerianos y su hijo de 1 año se hallaban instalados en España. El padre migró por trabajo a 400 km. La madre fue expulsada y el niño institucionalizado (2001). En el año 2002 se presentó el padre y ante la exigencia de practicar el examen biológico que no pudo abonar, el niño fue dado en guarda. El progenitor se opuso a la adopción y promovió reconocimiento de paternidad (2004), logrando que una ONG abone el estudio con el que probó su paternidad. En el año 2007 se otorgó la adopción.

2.3 | El tiempo en el aseguramiento de una inserción familiar oportuna: herramientas de tutela anticipada

La doctora Marisa Herrera refiere al impacto del tiempo en la implementación de las acciones de inserción familiar, afirmando que “pasada la emergencia que da lugar a la institucionalización del niño, éste se invisibiliza”.⁽⁸³⁾ La jurisprudencia por su parte ha expresado que “...atendiendo al aseguramiento oportuno del derecho a vivir en una familia, todo niño tiene un derecho básico a contar con un ambiente familiar estable desde la más temprana edad posible”.⁽⁸⁴⁾

La exigencia constitucional de debido proceso de los adultos —centralmente padres biológicos— exige, no obstante, dotar a los operadores judiciales de diseños oportunos que permitan, en situaciones excepcionales necesarias, sobreponerse al tiempo en avance, readecuando el proceso en razón de la situación del niño.

Así surge la aplicación en este campo de la “tutela procesal diferenciada”⁽⁸⁵⁾ como mecanismo de realización del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 114.6 CN, 15 CPBA)⁽⁸⁶⁾ del “interés superior del niño”.⁽⁸⁷⁾ En materia de protección de derechos de NNA el Estado tiene obligación de legislar mecanismos de restitución de derechos y también un deber de celeridad⁽⁸⁸⁾ en la protección a la vida familiar (arts. 9 y 18 CDN), en especial en la primera infancia.⁽⁸⁹⁾

.....

(83) HERRERA, MARISA, *op. cit.*, t. II, p. 463.

(84) Trib de Fam. N° 2 Mar del Plata, “A., Y. s/ materia a categorizar”, 30/08/2010.

(85) TORRES TRABA, JOSÉ M., “Las tutelas procesales diferenciadas. Aspectos prácticos que justifican su sistematización”, en *Revista de Derecho Procesal*, Bs. As., La Ley, año 2, n° 1, febrero 2010. MORELLO, AUGUSTO, “Qué entendemos, en el presente, por tutela diferenciada”, en *Revista de Derecho Procesal*, año 2008-II, Rubinzal Culzoni; PEYRANO, JORGE, “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?”, en *Revista de Derecho Procesal*, Tutelas procesales diferenciadas-1, 2008-2, pp. 15 y 21.

(86) PROVENZANI CASARES, ARIEL, “Consideraciones procesales a la función tutelar de los jueces”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 01/03/2010, 26; BERIZONCE, ROBERTO, “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, en *Revista de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 35 y ss.

(87) STConstitucional de España, Sent. 75/2005, 04/04/2005.

(88) TEDH, “Bajarami vs. Albania”, 12/12/2006.

(89) OG N° 7, 2005 “Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”, 12/09/2005.

En esta línea, un fallo bonaerense⁽⁹⁰⁾ materializó una intervención jurisdiccional anticipada disponiendo la guarda en ámbito familiar como medida cautelar, considerando que "...no resulta satisfactoria la institucionalización más allá de un plazo razonable (...) corresponde (...) compatibilizar las reglas del debido proceso con la instrumentación de medidas urgentes y con carácter provisorio (...) sin perjuicio del carácter que por ahora se le asigne a la guarda".

Si bien el esquema normativo diseñado por el SPID así como por la Reforma, postula la prevalencia del niño en su ámbito de origen y la subsidiariedad de la adopción, la tutela judicial efectiva en tiempo útil (art. 8 CADH) es también garantía constitucional vinculada con el principio de eficacia del proceso y por ende del derecho material.⁽⁹¹⁾ Aquí las medidas urgentes anticipatorias pueden constituir —con delicada prudencia en su uso— herramientas útiles contra la esterilidad del tiempo de decisiones, donde el niño no permanece con su familia de origen, pero tampoco en un espacio familiar alternativo, implicando una vulneración del derecho a vivir en familia y también del derecho a la identidad, forjado en sentido dinámico durante la primera infancia.⁽⁹²⁾

2.4 | Tiempo y tutela de otros derechos constituyentes de la vida familiar

La imposibilidad de satisfacción principal del derecho a la vida familiar a través de la restitución al ámbito de origen del NNA no impide respuestas judiciales de aseguramiento de otros derechos integrantes de aquél y que también son influenciadas por el factor tiempo. Nos referimos a aquellos

.....

(90) Cám. Civil y Com La Matanza, Sala I, "NN o Axel s/ medida de abrigo" 09/12/2009, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (marzo), 25, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (marzo), 25DFyP 2010 (agosto), 145DFyP 2010, agosto, p. 145.

(91) DE LOS SANTOS, MABEL, "La flexibilización de la congruencia", *LL*, Suplemento especial, Cuestiones procesales modernas, octubre, 2005, p. 80. La Corte IDH ha dicho que "... en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades". Corte IDH, *in re* "Fornerón".

(92) SCHIRO, MARÍA VICTORIA, "El derecho a vivir en familia y los tiempos del derecho", *RDF*, 2011-III-19 y ss.; GROSMAN, CECILIA, "La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes", *JA* 2007-IV-1090/1091, FERNÁNDEZ, SILVIA, "Protección cautelar en el derecho familiar" en Carlos Camps, *Tratado de las medidas cautelares*, Bs. As., La Ley, 2012.

casos en los que el peso del tiempo selló el destino familiar del NNA, pero no por ello debe impedir el diseño de respuestas que amparen otros derechos diversos a la custodia, comprendidos en la macro-noción de “vida familiar”, v. gr. el derecho de vinculación con la familia biológica, previo acceso al conocimiento del origen personal.

El TEDH ha expresado que las decisiones de separación de la familia de origen y la relativa a la conservación de un derecho de acceso al niño son asuntos que exigen diferente consideración;⁽⁹³⁾ así, la privación injustificada de un derecho de comunicación o visita de los padres biológicos constituye violación al derecho de respeto a la vida privada⁽⁹⁴⁾ y familiar (art. 8 CEDH).⁽⁹⁵⁾ Por razones de espacio no podremos extendernos en este punto y mencionaremos sólo algunos ejemplos.

La sentencia de la Corte IDH en el caso “Fornerón” es una muestra de esta situación. El progenitor pidió como medida de reparación (art. 63 CADH)⁽⁹⁶⁾ la restitución de la niña, pretensión altamente dificultosa en función de su edad (12 años) y el tiempo transcurrido, siendo por ello rechazada por el Estado. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado adoptar todas las medidas necesarias para reparar de manera integral las violaciones a los derechos humanos sufridas por el señor Fornerón y su hija, y afirmó que la medida de reparación más importante la constituía el relacionamiento padre-hija conforme el interés superior de la niña. La

.....
(93) TEDH, “W. vs. United Kingdom”, *application* 9749/82, p. 81.

(94) Corte IDH, “Fornerón”, *cit.*, “La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. (...) el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar”. (p. 123).

(95) TEDH, “E., R. vs. Italy”, *application* 31.127/96.

(96) Art. 63: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Corte decidió que, si bien los procesos internos que culminaron con la adopción violaron los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, protección de la familia y los derechos del niño, todo lo cual debería provocar dejar sin efecto las decisiones internas —restituir la niña a su padre— “... no puede obviar lo excepcional de este caso, esto es, la circunstancia que se han desarrollado vínculos de la niña con sus padres adoptivos y con su entorno social en el cual ella se desenvuelve desde hace casi doce años” (p. 156). De tal modo fijó como media de reparación —entre otras— el establecimiento por el Estado de un procedimiento de efectiva vinculación padre-hija⁽⁹⁷⁾ en sentido amplio, progresivo, comprensivo de su involucración como padre biológico,⁽⁹⁸⁾ a través de una serie de pautas como el nombramiento de expertos, apoyo terapéutico, recursos materiales, presentación de informes y, fundamentalmente, la consideración de la opinión de la niña en relación a la vinculación con su padre.⁽⁹⁹⁾

El TEDH,⁽¹⁰⁰⁾ en el citado caso “Görgülü vs. Germany”, explicitó que el amplio margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales en las decisiones sobre custodia de niños, exige no obstante un escrutinio más exigente en las limitaciones adicionales como las restricciones impuestas a la parentalidad, y también salvaguardias jurídicas para garantizar protección efectiva del derecho de padres y niños a su vida familiar. En este caso, el Tribunal valoró negativamente la separación del niño de su familia adoptiva, pero consideró que las autoridades nacionales no habían examinado todas las soluciones posibles al problema frente al ofrecimiento de custodia y disposición del padre biológico, entendiéndose así violado

.....

(97) “Ello implica un proceso de acercamiento progresivo de manera de comenzar a construir un vínculo entre padre e hija quienes, en casi doce años, sólo se encontraron una vez por aproximadamente cuarenta y cinco minutos. Dicho proceso (...) debe estar orientado a que, en el futuro, ambos puedan desarrollar y ejercer sus derechos de familia, como por ejemplo el derecho a vivir juntos, sin que ello suponga un conflicto con la familia adoptante de M” (p. 160).

(98) “En el proceso de vinculación se deben considerar mecanismos idóneos para que el señor Fornerón se involucre en la vida de M en función de su condición de padre biológico. (...) debe recibir información periódica sobre los distintos aspectos de la vida de M y su desarrollo” (p. 166).

(99) “...los expertos a cargo del proceso de vinculación deberán asegurar que M tenga conocimiento de sus derechos y tendrán en cuenta la voluntad y opinión de la niña, en consideración de su grado de desarrollo y del nivel de autonomía personal” (p. 165).

(100) TEDH, “Görgülü vs. Alemania” 24, 24/02/2004.

el derecho a la vida familiar, pues el art. 8 CEDH obliga a procurar reunir a un padre con su hijo.⁽¹⁰¹⁾

A nivel nacional, la sentencia ya mencionada de la Corte Suprema argentina⁽¹⁰²⁾ —que revocó la que ordenara el reintegro de la niña a su familia biológica— dispuso la permanencia con la familia guardadora con quien vivía desde su nacimiento; no obstante, estableció que:

“...la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para la menor, es acudir al llamado ‘triángulo adoptivo’, con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor”.

El diseño de un proceso de vinculación reparatorio del derecho familiar quebrantado requerirá previamente —en caso de desconocerse— el acceso a la información acerca del verdadero origen del NNA. Este derecho derivado de la dignidad,⁽¹⁰³⁾ es altamente significativo en casos de adopción, autónomo a la filiación, y por ello presenta operatividad independiente al goce del derecho a la vida familiar, esto es, a la restitución del niño, su custodia y aún a la vinculación parental biológica.

Así puede visualizarse en el caso "Fornerón", en el que la Corte IDH marcó que "...la importancia de hacer conocer a M. la verdad sobre su origen, (...) debe incluir lo ocurrido con el proceso de guarda y adopción y los

(101) Ver TEDH, "K. y T. v Finlandia"; "Johansen vs. Noruega"; "Olsson c/ Suecia".

(102) CSJN, "S., C s/ adopción", 02/08/2005, la niña contaba con 7 años al momento de la decisión.

(103) En el conocido caso "Odièvre vs. France", TEDH, 13/02/2003, la Corte rechazó la petición de la Sra. Odièvre de acceder a la identificación de su madre, en razón de su nacimiento bajo el sistema de parto anónimo. Según la Corte, la cuestión no debía encuadrarse desde la perspectiva del "derecho a la vida familiar", sino del derecho "a la vida íntima". Comentando el fallo, Kemelmajer de Carlucci reflexiona que "la Convención Europea reconoce el derecho a 'la vida familiar'; el derecho es del individuo, no de la familia como un ente distinto; la Convención dice que 'toda persona tiene derecho a la vida familiar'. Así, si bien la cuestión afectaba el derecho a la vida íntima de Odièvre no pretendía vínculos de filiación, sólo conocer sus orígenes la autora se pregunta si la solución habría variado en caso que la actora buscase su identidad y su familia'. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso 'Odièvre vs. France'" Ver texto en www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm

esfuerzos y la búsqueda de su padre biológico de ser reconocido como tal y recuperarla para sí y para su familia”.

Recientemente, la SCBA⁽¹⁰⁴⁾ revocó las decisiones de las instancias inferiores que rechazaron el pedido efectuado por quien se alegaba padre biológico de un niño, cuya adopción plena fue declarada y solicitaba el inicio de un proceso de revinculación, la conformación de un “triángulo adoptivo” entre niño, solicitante y adoptantes. La Corte distinguió el emplazamiento adoptivo pleno y sus consecuencias, de la pretensión de acceso al origen biológico,⁽¹⁰⁵⁾ derecho no exclusivo de la adopción simple y ubicada en un plano superior, como derivado de la dignidad personal e identidad. Así, ordenó que en primera instancia debería practicarse la prueba genética a fin de verificar el vínculo biológico, como cuestión previa necesaria para dotar al actor de legitimación. Cumplido esto, debería evaluarse la posibilidad de revinculación, teniendo en cuenta la opinión del niño según su edad, grado de madurez, y conveniencia (contaba con once años de edad).

En los casos ejemplificativos citados se observa cómo el transcurso del tiempo obturó las alternativas de restitución y crianza en la familia de origen; no obstante, se procuraron respuestas en algún punto equilibradoras de derechos, al proponer desde una visión integral del concepto “vida familiar”, la construcción de procesos de vinculación que posibiliten otras formas de relación ajenas a la disyuntiva “origen/adopción”. A su vez, la eficacia de estas decisiones, nuevamente, se ve prioritariamente direccionada por el tiempo: no es posible una restitución vincular abrupta por mera imposición de una sentencia —aún dictada por un órgano internacional—, pues los procesos de revinculación son justamente eso, procesos, y requieren un desarrollo paulatino y respetuoso del acomodamiento estructural psíquico del NNA, en función del imperativo de respeto de su edad, madurez y grado de desarrollo para afrontar esta situación familiar, debiendo su opinión ser tenida debidamente en cuenta.

Por otra parte, aún el condicionante temporal para la eficacia práctica de las pretensiones de revinculación familiar, no debe impedir la satisfacción del acceso al conocimiento del origen —si bien la apertura a este derecho

(104) SCBA, 26/02/2013, C. 109.059, “R., V. D.V.;R., Y. N.; R.S. s/art. 10 ley 10.067”.

(105) Distinción considerada por C.S. de Santa Fe, “L., A. K.”, 30/11/2004, LL Litoral, 2005, junio, p. 438.

está sujeta a las condiciones normativas establecidas por cada Estado, conforme al art. 7 CDN—. ⁽¹⁰⁶⁾

3 | Conclusión

Zygmunt Bauman⁽¹⁰⁷⁾ señala que "...la intensa atención prestada hoy en día a la cuestión de la identidad es en sí misma un hecho cultural de gran importancia". Y que las propias culturas, en sentido de totalidades orgánicas, deslindadas unas de otras, se han ido borrando en un mapa mundial cada vez menos posible de ser dividido nítidamente en áreas culturales homogéneas, en el que las líneas divisorias son líneas trazadas en la arena, sólo para ser borradas y redibujadas al día siguiente. ⁽¹⁰⁸⁾

Esta misma plasticidad tiene el concepto de identidad.

La identidad y la mayoría de las decisiones personales se definen en función del proyecto vital personal, que se determina de un modo incierto, ⁽¹⁰⁹⁾ no sólo como una posibilidad "entre diferentes mundos sociales", sino también, como la "realización sucesiva de una serie de posibles identidades".

Como expresa Carlos Pereda:

"...con la palabra identidad en gran medida indicamos ese proceso mediante el cual la persona va elaborando a lo largo de su

.....

(106) Art. 7.1: "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". Esta cuestión, que no está regulada en la legislación vigente, es prevista en el Código Projectado, al enunciar entre los Principios de la adopción el respeto por el derecho a la identidad del adoptado (art. 595 inc. b) y el derecho a conocer los orígenes (inc. e). Incorpora en el art. 596 el "derecho a conocer los orígenes" a favor del adoptado con edad y grado de madurez suficiente, permitiendo el acceso al expediente judicial y administrativo de adopción y/o cualquier otro expediente administrativo, con el auxilio interdisciplinario del organismo administrativo y RUA, añadiendo la acción autónoma para el acceso al conocimiento del origen, a favor del adoptado adolescente (13 años), que debe contar con asistencia letrada a este fin.

(107) BAUMAN, ZYGMUNT, *La cultura como praxis*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 51.

(108) *Ibid.*, p. 88.

(109) BERGER, PETER ; BERGER, BRIGITTE Y KELLNER, HANSFRIED, *Un mundo sin hogar, Modernización y conciencia*, Santander, Ed. Sal Terrae 1979, p. 75, citado por MARTÍNEZ SAHUQUILLO, IRENE, "La identidad como problema social y sociológico", en *Revista Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXXII 722, noviembre-diciembre, 2006, p. 811 y ss.

historia una caracterización de sí misma que no deja de reconsiderar mientras vive (...) ningún presente está encapsulado; todo ahora psicológico se 'impregna' por varios ayeres y por varios mañanas, por lo que ha sucedido y por lo por venir".

Pereda compara la conformación de la identidad personal a un tapiz:

"Cuando se aplica a los seres humanos el concepto de identidad nos encontramos, pues, ante un concepto multi-referencial. La identidad personal no es una identidad simple —la que podría proporcionar, por ejemplo, un metafísico, como propuso Descartes— sino compleja, como la identidad de un tapiz. Con respecto a un tapiz no se pueden modificar todos los hilos sin que se pierda totalmente la identidad del tapiz, pero en alguna medida se puede modificar *cualquier* hilo; sin embargo, en relación con ello hay que tener en cuenta que los hilos son de diferente grosor, color, largo y fuerza y contribuyen de modos radicalmente variados a los dibujos del tapiz. Algo similar sucede con la identidad.

La identidad personal consiste en esas cambiantes configuraciones de 'hilos' corporales, psicológicos, sociales: una configuración que aunque persiste también cambia a través del tiempo".⁽¹¹⁰⁾

Las posibles identidades de un niño y, luego, de un hombre, vienen determinadas en una medida significativa por el efecto del tiempo como constructor de la realidad en que cada niño se inserta; en tal sentido entonces, el tiempo es un regulador de identidad. Ésta medida en principio "externa", impacta en el diseño de aquellos atributos aparentemente más "internos" que conforman la noción de identidad, aquello que una persona "es" y que no se determina unidireccionalmente por el ser en sí, sino en relación a otros, a un contexto, un espacio y una época.

La dimensión e impacto del tiempo en la escena jurídica recibió la alerta de los tribunales internacionales de derechos humanos y no es un dato menor que los dos últimos casos de condena a la Argentina lo sean en

(110) PEREDA, CARLOS, "La identidad en conflicto", *RIFP*, n° 10, 1997, pp. 23/45.

materia de protección de derechos de la niñez.⁽¹¹¹⁾ Sin embargo, esta “máxima consagración” de derechos —como puede entenderse a su declaración por el órgano internacional—, es nuevamente atravesada por el tiempo: las sentencias no pudieron imponer otra cosa que soluciones alternativas a una reparación integral.

No hay auténtico “desafío al tiempo” desde la perspectiva de la reparación sustitutiva. Y, cualquiera que sea ella, también estará limitada en su eficacia en función del tiempo, pasado y futuro. Porque “el porvenir es tan irrevocable como el rígido ayer. No hay una cosa que no sea una letra silenciosa de la eterna escritura indescifrable cuyo libro es el tiempo”.⁽¹¹²⁾

.....

(111) Casos ya citados, Corte IDH, “Fornerón Leonardo e hija vs. Argentina”, 27/04/2012; “Furlán Sebastián y fliares. vs. Argentina”, 31/08/2012. Si bien Sebastián Furlán era ya mayor a la época de la sentencia de la Corte IDH, los hechos que dieron lugar al reclamo internacional ocurrieron durante su menor edad, sumándose por su parte su condición de persona con discapacidad.

.....

(112) JORGE LUIS BORGES.

El rol del juez de familia en el derecho proyectado

por **MARIELA GONZÁLEZ DE VICEL**⁽¹⁾

I | Una contextualización necesaria

Se puede hablar de proceso con referencia a un sistema compuesto por una serie de actos de las partes, del órgano judicial, y de terceros realizados en forma sucesiva, con la finalidad de lograr la actuación del derecho para satisfacer una pretensión aducida por quien posee determinados intereses, mediante una declaración emanada de quien representa una porción del poder estatal.

Esta modalidad de organización de la vida social intenta solucionar conflictos jurídicos nacidos a partir de hechos históricos. Cabe aclarar, no obstante, que no siempre existe conflicto entre partes antinómicas, sino que puede ocurrir que la intervención judicial sea producto de la necesidad de fijar derechos, conferir autorizaciones, otorgar fuerza de sentencia a los acuerdos, etc.

Todas las actividades desplegadas dentro de ese sistema, se realizan mediante trámites previamente establecidos en lo que hace a formas y tiempos, a los que se denomina procedimientos; en el supuesto de intereses encontrados que dan lugar a procesos contradictorios, a esos trámites se le asigna la denominación de juicio.

.....

(1) Jueza de Familia de Esquel, Chubut. Autora de varios artículos y comentarios a fallos vinculados al Derecho de Familia. Ex consejera de la Escuela de Capacitación Judicial y docente universitaria.

Es posible sostener que existe un sistema normativo de base constitucional que regula la solución de los conflictos derivados del tráfico jurídico, o declama y fija los derechos de los ciudadanos cuando es necesario porque el mismo sistema lo impone, con formas estipuladas para el funcionamiento, y órganos competentes para ello. La designación del alcance de la actuación de quienes componen los procesos (partes, órgano, terceros) también la determinan las leyes, en ocasiones desdoblando la atribución de funciones (delegación del poder de las provincias), en otras siendo un único actor estatal el que determina las actividades que son alcanzadas (facultades no reservadas).⁽²⁾

Dentro del esquema reseñado, podemos decir que la tarea de juzgar los hechos, adjudicando derechos a los sujetos que reclaman su tutela efectiva, impone a quienes la realizan una obligación particular y no escrita: reconocer y asumir que la circunstancia de estar investidos de esa autoridad republicana, no los coloca en una posición de privilegio y calificación superior respecto de otros integrantes del sistema. No son ni más pensantes, ni más intelectuales, ni más hábiles, pese a que deberían poseer entrenamiento suficiente para un análisis diferencial del conflicto, con soporte en la especialización, una permanente actualización en temas que exceden el circunscripto a nuestro ámbito, e incluso, contar con cierta experiencia de vida.

Si bien conocemos las reglas jurídicas generales, la teoría del derecho, los principios jurídicos, al momento de desplegar la jurisdicción —con independencia de la competencia que corresponda— es imprescindible adoptar una actitud consciente que evite argumentaciones aparentes, a las que se arrije como resultado de especulaciones analizadas con mayor o menor fuerza durante el proceso de elaboración de una sentencia. Esta premisa alcanza a la actividad del órgano en los procesos por audiencias, donde el juez o la jueza se instalan en el centro del conflicto, munidos del poder estatal legítimamente conferido, en pos de “decir el derecho”, otorgando a cada uno lo que le es debido, y donde el contacto directo con las personas que reclaman el servicio imprime una dinámica diferente a la interrelación entre el sistema familiar y el judicial.

(2) Arts. 5°; 7°; 8°; 31; 75, inc. 12, inc. 22, inc. 23; 121, 122 y 126 de la Constitución Nacional.

En definitiva, toda formación científica ha de ser procurada para atemperar los intersticios de la argumentación jurídica por donde pueden introducirse las preferencias morales del sentenciante, en desmedro de los derechos constitucionales de quienes reclaman sus derechos.

Sin embargo, no por eso —ni mucho menos— parece acertado pretender encorsetar lo que debería ser visto como una virtud en el operador jurídico: el ejercicio de la pasión en tanto condición equiparable a la vitalidad intelectual. No puede menos que enaltecerse al magistrado que la ejerce, siempre atemperada por la razón crítica, pues esa virtud, traducida en términos de compromiso con la función social que se desarrolla, resulta ser un componente no despreciable para el juego de equilibrio entre la **realidad** y el **derecho**. Todos conocemos la enorme influencia que la judicatura, artífice del derecho vivo, tuvo y tiene en los temas sensibles a la ciudadanía, especialmente en lo que hace a ejercicio pleno de los derechos humanos.⁽³⁾ Esos ejemplos del activismo judicial bien entendido, esto es, como ejercicio constitucional del control de convencionalidad y del control difuso de constitucionalidad, sólo fueron posibles por el ejercicio responsable de una judicatura apasionada.

En esa tarea, y de modo preponderante, no estuvo ni estará ajena la ley, en tanto herramienta legítima para la regulación del orden social todo y como necesaria reglamentación de las normas fundamentales contenidas en la Carta Fundacional.

Ahora bien, fue acertada la descripción que realizara el actual presidente de la Corte Suprema, cuando años atrás sostuvo:

“...El Código fue un reflejo de la creación del Estado nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos por igual, sean ciudadanos o extranjeros (art. 1º, Cod. Civ. Argentino). Ahora el Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente.

(3) Por citar sólo algunos ejemplos: el amparo como acción pretoriana a partir de los Fallos “Siri” y “Kot”, el divorcio como derecho en el caso “Sejean”, el aborto no punible y su ejercicio no condicionado como fuera juzgado en el caso “F. A. L.”, la accesibilidad y ase-
quibilidad a las técnicas de reproducción humana, el matrimonio igualitario, las funciones de
cuidado parental compartido aun producido el divorcio y tantos más.

El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho Civil, y el orden codificado por el sistema de Derecho Civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras. La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas, giran con su propia autonomía, su vida singular”.⁽⁴⁾

¿Qué crisis se planteó entre el Código Civil y los sistemas posteriores que fueron ordenando las realidades jurídicas? Una tan conmovedora que reviste connotaciones de revolucionaria: el centro del enfoque jurídico deja de ser el derecho privado para pasar a ser los derechos de la persona humana. El ser humano como centro y como fin de la regulación legal.

En ese concierto, donde subsisten normas dictadas con la codificación originaria con los ajustes provocados por las incorporaciones de Tratados de Derechos Humanos, que progresivamente dieron lugar a leyes más benévolas y tolerantes a otras formas familiares, al divorcio, a la diversidad en los géneros, a los derechos de los vulnerables en pos de su igualdad real, etc., una reorganización normativa se impuso como necesidad social.

También es inobjetable en estos tiempos, la especificidad y especialización necesarias para dirimir conflictos jurídicos relativos a las problemáticas familiares; ni que ellas se despliegan en un sistema jurídico que —ampliando los derechos reconocidos— intenta subsumir en viejas normas una realidad vertiginosa y mutable, a la par que debe ajustar su actuación mediante la utilización de reglas diferentes a las sancionadas para procesos donde las pretensiones tienen naturaleza patrimonial.

2 | ¿El caos o los espacios ampliados de la actuación judicial?

Las leyes, usualmente, no crean la situación que reglamentan, sino que reconocen fenómenos sociales o culturales, a veces sencillos, a veces complejos, regulándolos a los fines de garantizar la convivencia social pacífica, o intentando reducir los conflictos interpersonales. En definitiva,

(4) LORENZETTI, RICARDO L., "La decodificación y fractura del Derecho Civil", en *Revista Jurídica La Ley*, 1994-D-724.

plasman una situación de la realidad, generalmente con posterioridad a su aparición.

En el contexto contemporáneo de los vínculos interpersonales, asistimos a un resurgimiento de la afectividad como motivo de unión de las parejas, con resultados no fijos, procesos dinámicos, producto de la tensión entre autoridad y libertad en los vínculos intrafamiliares, donde la familia aparece como una categoría fáctica, imposible de subsumir en una única definición jurídica. Sumado a ello, el reacomodamiento de roles parentales y un lugar preponderante asignado al niño, investido de un reconocimiento autónomo y con capacidad para proyectarse de manera diferenciada de sus padres. Sin olvidar la homoparentalidad, diversas relaciones de dominio, igualdad y asimetría entre hombres, mujeres y niños, cierto desdibujamiento de la figura paterna en una familia gradualmente materializada, modos asexuados de procreación científica, relaciones virtuales, una organización familiar que atraviesa la familia con la economía de mercado, la globalización, la revolución de las comunicaciones y un mundo externo amenazante, caótico, violento, individualista y despersonalizante.⁽⁵⁾

En lo relativo al conflicto familiar, es constante la ampliación de las coordenadas que lo delimitaban, producto de los tiempos de reacomodamiento a las nuevas formas familiares, caracterizados por cambios en el vínculo conyugal, el divorcio, la fecundidad, las conductas sexuales y reproductivas, la filiación y las responsabilidades derivadas del estado civil.⁽⁶⁾ A ello se suma el fenómeno del reconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente los de la personalidad, con una ponderación de la dignidad personal como centro de protección jurídica, visibilización de las asimetrías, correcciones tendientes al empoderamiento de las minorías, arrojando en ocasiones como consecuencia el reconocimiento explícito y la obligatoriedad de protección de los derechos que titularizan grupos vulnerables como mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, ancianos, migrantes, etc. Se advierte, incluso, una modalidad incipiente y

(5) ROUDINESCO, ELIZABETH, *La familia en desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, citada por López Faura, Norma en "Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia", en *La familia en el nuevo derecho*, Marisa Herrera (coord.), Aída Kemelmajer De Carlucci (dir.), 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 121 y ss.

(6) JELIN, ELIZABETH, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas* en la obra colectiva *La familia en el nuevo derecho*, Marisa Herrera (coord.), Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.), 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

sostenida de viraje desde una lógica binaria, fundada en la diferencia, a una lógica de la diversidad, apoyada en la existencia de “lo” complejo y múltiple, en un orden jurídico donde se establece la prioridad del individuo para su autoregulación, con el consiguiente deber de respeto a las conductas autorreferenciales, si con ello no se agreden derechos de terceros o reglas de convivencia democráticas.

Producto, entre otras cuestiones, de los avances científicos y de las formas de comunicación, la vida de las personas se ha diversificado en intensidad y en multiplicidad de cuestiones. Las consecuencias de estas nuevas pautas no son ajenas al Derecho.

El ejercicio de la judicatura en el contexto descrito está signado por la incertidumbre de la movilidad permanente, porque su objeto de análisis, la familia, se ha reformulado y está cambiando.

Somos testigos y partícipes de un fenómeno cultural sin precedentes: las reglas que regulan los procesos fueron dictadas para supuestos fácticos donde esa realidad no estaba siquiera imaginada, y por eso la readecuación normativa integral y coherente apareció como una necesidad social que el legislador debió atender.

Es bajo esas circunstancias que en el mes febrero del año 2011, el Poder Ejecutivo creó mediante el decreto 191/2011 una Comisión para la Elaboración del Proyecto de ley de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. El 28 de marzo de 2012, se presentó el Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial Unificado a la Sra. Presidenta. Luego de algunas modificaciones introducidas en el ámbito del Ejecutivo, a principios del mes de junio del mismo año 2012, el Proyecto ingresó formalmente al Congreso. Mediante la resolución de la Cámara de Diputados de la Nación de fecha 4 de julio de 2012, se creó la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de analizar el Proyecto y elaborar el despacho para su oportuno tratamiento legislativo.

Intentaremos transmitir los puntos sobresalientes a partir de los cuales el proceso, los procedimientos y el rol del juez de familia fueron regulados en la legislación proyectada, dotando a la sociedad de los medios aptos para la efectivización de los derechos fundamentales reconocidos en ese contexto esencialmente dinámico y problemático.

3 | El juez, la ley, la interpretación y la mirada constitucional

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cuenta con un Título Preliminar, cuyo principal aporte es el proveimiento de reglas que confieren una significación general al compendio; constituye un núcleo que sirve de marco para el análisis, la interpretación y la integración de las posibles lagunas.⁽⁷⁾ Se propicia un diálogo de fuentes, con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional.

En referencia a las fuentes, si bien claramente la ley es el punto de partida para la interpretación (subsunción jurídica mediante), se establece la posibilidad de recurrir a los usos, prácticas y costumbres.

¿Cómo se interpreta la ley? Primero, en función de la literalidad del texto legal, pero también según la finalidad tenida en cuenta por la regla, lo cual permite un desligamiento del origen histórico y la posibilidad de adaptación de la circunstancia fáctica contemporánea a la aplicación, disminuyendo la necesidad de ajustes legislativos. Igualmente, el art. 2° del Proyecto indica recurrir a las leyes análogas⁽⁸⁾ y a las directrices constitucionales seguidas en la interpretación jurisprudencial de los tratados sobre derechos fundamentales, sean emanadas de los órganos superiores locales, sean los competentes a nivel internacional, al igual que los principios y valores que también conforman el Derecho como compendio de regulación social.

Los principios proporcionan mandatos que armonizan las distintas pautas utilizadas en la interpretación jurídica, superando lagunas o contradicciones, y optimizando las posibilidades que brinda el sistema.

(7) LORENZETTI, RICARDO, L., en "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica La Ley*, 23/04/2012.

(8) Conforme los Fundamentos: "Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al Juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales".

Los valores, finalmente, son la base ética de la nación, aquellas convicciones con consenso social que se presentan generalmente con un antitético (ejemplo: la solidaridad, la paz, la libertad y sus opuestos, la indiferencia, la guerra, la esclavitud, etc.).

El texto de los arts. 1º y 2º otorga herramientas suficientes para preservar la ley y no destruirla, y ello importa la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que la CSJN ha sostenido desde tiempos lejanos, restringiendo el quehacer judicial en ese sentido (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645). La fuente será la ley, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, considerando las decisiones de los organismos competentes para el análisis de las reglas constitucionales. La particularidad es que este esquema interpretativo mantiene la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser aplicada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución.

El art. 3, por su parte, requiere que el juez dirima los asuntos que caen bajo su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Para llenar ese recaudo, la resolución judicial deberá contener los argumentos jurídicos respetando la subsunción de los hechos al derecho, con estricta adecuación a los mandatos constitucionales y convencionales emergentes de la Constitución Argentina, muy especialmente los vinculados a los tratados constitucionalizados (art. 75, inc. 22 CN), y —como se señaló— la jurisprudencia emanada de la aplicación de dichos instrumentos.

Reglas como la citada llevaron a los constitucionalistas a comentar que:

“El Proyecto de Código Civil y Comercial implica un avance fundamental en la constitucionalización del ordenamiento inferior marcando una nítida impronta de resguardo multiculturalista que, en tiempos de conformaciones sociales heterogéneas, no deja de ser una gran apuesta normativa y simbólica a la convivencia pacífica en el marco de las relaciones horizontales”.⁽⁹⁾

(9) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “La estructura constitucional del proyecto de Código unificado”, Sup. Const. 2012 (agosto), 09/08/2012, 48, LA LEY 2012-D, 574 - DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, p. 113, comentario al fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, “F., M. y L., S. s/divorcio presentación conjunta”, 07/03/2012.

En el texto se anejan partes generales para las diversas instituciones que regula, y con ese método se busca dotar de congruencia sistémica —a la luz de las directivas emergentes del bloque de constitucionalidad federal que conforma su sostén normativo e ideológico— a cada una de ellas. Aquí vale mencionar que en los fundamentos, los juristas consignaron claramente —y ello deberá ser tenido en cuenta al momento de la aplicación concreta de las normas— que se sopesó de manera especial el principio de no discriminación y la igualdad como forma real de acceso a las posibilidades y los derechos, en lo que llamaron una “ética de los vulnerables”.

A fin de que el intérprete pueda ejercer su tarea a tono con los objetivos y fundamentos de los juristas que formaron parte de la Comisión de trabajo que intervino en la elaboración del Anteproyecto de Código Unificado, es oportuno transcribir una porción de lo explicitado por la Comisión para la Reforma designada por decreto 191/2011, en lo tocante a los aspectos valorativos. Se dijo que:

“Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos 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 receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.⁽¹⁰⁾

(10) "Aspectos valorativos", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Infojus, 2012, p. 523.

Podemos observar que en varios artículos se normativizaron derechos de raigambre constitucional, a la par que la redacción amplia y llana de los textos con su claridad conceptual, se traduce en una obligada puesta en práctica de los derechos fundamentales. Por caso, cabe mencionar la garantía constitucional del niño dada por su derecho a ser oído y a que su opinión sea considerada en los asuntos de su interés,⁽¹¹⁾ volcada en el art. 26 del Proyecto, de singular importancia, en tanto también incorpora la autonomía progresiva del art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).⁽¹²⁾ Al establecerse allí que "La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne...", entendiendo al proceso como una integralidad en la que el fin es el dictado de una norma individual, no podría caber duda alguna en cuanto a la citación del menor de edad para poner a disposición ese derecho, en todas las instancias judiciales que el mismo atraviese. Dicho de otro modo, en función del art. 26, existe un deber judicial ineludible para todos los magistrados de cualquiera de las instancias que aborden los conflictos familiares: cumplir el art. 12 CDN. La obligación se mantiene de manera expresa, entre otros, en los arts. 595. f., 609, 613, 617, 626, 639. f. del Proyecto de Código, y como regla general para todos los procesos, en el art. 707, entre muchos otros.

.....

(11) Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

(12) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 26: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años 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.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

Lo mismo acontece con el derecho a la identidad, establecido en el art. 8° CDN. Se traduce normativamente en una acción autónoma de acceso al conocimiento de los orígenes (art. 596 para la adopción), o a ser informado sobre el tópico en los supuestos de técnicas de reproducción asistida (art. 564). Ambas reglas resultan muestras claras de la constitucionalización del derecho de familia, que el juez habrá de enaltecer garantizándose a la persona menor de edad el acceso, aun cuando ella no cuente con la edad legal presumida para ejercer sus derechos autónomamente si, en función del art. 26 citado, puede advertirse que sí tiene la madurez suficiente.

4 | Los principios rectores

4.1 | Sustanciales

Con buena técnica legislativa, en varias de las instituciones reguladas se establecieron, a modo de pautas generales, determinadas nociones que gobernarán la interpretación jurídica.

Son los principios generales, pautas que se formulan con un grado de abstracción tal que no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero cumplen la función de orientar la actividad creadora del juez cuando el supuesto fáctico no se encuentre legislado (lagunas) o la solución se presente subsumible a más de una norma (contradicción). Se los definió como "...líneas directrices u orientadoras que rigen el proceso y el procedimiento, plasmando de este modo una determinada política procesal en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado".⁽¹³⁾

En tanto directriz que cumple una función correctora o integradora de las normas legales, resulta absolutamente válida la utilización de los principios como pauta de decisión ante un conflicto de intereses, plasmado con fundamentación razonada y razonable, siendo insuficiente a ese fin la sola mención del principio que se invoque. Cabe aclarar que la enumeración de principios no implica el establecimiento de jerarquías entre ellos, debiendo el juez ponderarlos de manera integral, y de ser necesario inclinar-

(13) VÉSCOVI, ENRIQUE, *Código General del Proceso*, T. I, Bs. As., Ed. Abaco, 1998, p. 40.

se por uno en desmedro de otro, recordar que eso no implica, en términos de análisis jurídico, la pérdida de vigencia del no escogido, sino tan sólo un desplazamiento temporal para el supuesto concreto.

Sólo a modo de ejemplo, puede señalarse lo establecido para el matrimonio, que debe regirse bajo pautas de igualdad y libertad.⁽¹⁴⁾

También puede visualizarse la importancia de estos estándares en el caso de la adopción, instituto reglado en los arts. 594 a 637, y que luego de ser definido, contiene bajo el título "Principios generales", seis apartados donde enumera cuáles son los mandatos que informan la actividad reglada para este tipo de asignación filial.⁽¹⁵⁾ Explicamos la relevancia de los principios en este caso: la adopción no estuvo contemplada en el Código de Vélez, quien expresamente la desechó; posteriormente fue establecida primero en leyes especiales, luego incorporada al cuerpo normativo, pero siempre sometida a reformas y modificaciones. ¿Por qué es necesaria la incorporación legislativa de los principios que la rigen? Pues para aventar los argumentos aparentes que se mencionaran al inicio de este trabajo, que enmascarados en la fórmula abierta del "interés superior del niño", resuelven sobre los derechos fundamentales sin consideración de pautas de análisis válidas en función del derecho constitucional-internacional, que marca como fundamental la consideración de la persona menor de edad como sujeto de derechos autónomo a los adultos.

.....

(14) Art. 402: "Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

(15) Art. 595: "Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

- a. el interés superior del niño;
 - b. el respeto por el derecho a la identidad;
 - c. el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
 - d. la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
 - e. el derecho a conocer los orígenes;
 - f. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años".
-

Puede advertirse la utilización del mismo método para la regulación de lo atinente a la responsabilidad parental,⁽¹⁶⁾ contemplándose como principios que el juzgador deberá hacer efectivo el de oír al niño o niña y a que su opinión sea considerada según su edad y grado de madurez, la autonomía progresiva y la consideración de su interés superior, todos ellos de corte constitucional.

4.2 | Procesales

En ocasión de formular la conferencia de cierre del XVII Congreso Internacional de Mar del Plata, en octubre de 2012, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci —integrante de la Comisión de Reforma— expresó que los autores del Proyecto “confiaban en los jueces de familia”. Sin dudas que el tratamiento que se le confiriera a la gestación por sustitución avala esa afirmación. Pese a la resistencia que como técnica de reproducción genera, existe en el mundo como realidad que nos confronta, y a la que debe dársele una respuesta.⁽¹⁷⁾ Valga como sostén de la siguiente premisa: quienes intervinieron en la recodificación conocían muy de cerca el valor de la palabra oral o escrita del juez, su incidencia en el conflicto que llega a los tribunales porque la familia no pudo reorganizarse y enfrentar con sus propios recursos la crisis. Sabían también que la organización federal del país

.....

(16) Art. 639: “Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a. el interés superior del niño;
- b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

(17) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 (cargo de la Dra. María Bacigalupo de Girard), “N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, expte. N° 38.316/2012, 18/06/2013, dispuso la inscripción de nacimiento de una niña gestada por una mujer que no aportó material genético, como hija de los comitentes, una pareja que se encontraba imposibilitada de llevar adelante el embarazo por problemas físicos de la mujer. El caso fue resuelto en función de derechos de orden superior, como el interés superior del niño en función de la voluntad procreacional, pero con invocación del art. 552 del Proyecto, y sus concordancias. Antes de eso, el 22 de marzo del 2012, en el marco de dos supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero por matrimonios del mismo sexo, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, en autos “D. C. G y G. A. M. c/ GCBA, s/ amparo” y “G. B. F. D y M. D. C. c/ GCBA s/ Amparo” resolvió ordenar sendas inscripciones de niños nacidos de parejas homosexuales que habían recurrido a la gestación sustituta en el extranjero.

contribuía a desigualdades de intervención, y por ende, a inequidades de trato. El proceso vehiculiza los derechos, era necesario llevarlo a todos los ciudadanos, pero especialmente a los más desamparados.

Se advierte, así, que se condensó la doctrina y jurisprudencia existente en punto a la especialidad de los procesos de familia y los particulares contornos que producen sustanciales modificaciones a los principios procesales tradicionales, también formulados de manera explícita en el texto.⁽¹⁸⁾

Nos ocuparemos de algunos de ellos.

- a. **La prevención del conflicto:** la función primordial del juez de familia es utilizar la herramienta legal para permitir a la familia el atravesamiento de la crisis vital que la haya llevado a requerir el servicio de justicia, de la forma menos traumática posible. Desde ese punto de vista, la judicatura con competencia en derecho familiar, debería hallarse suficientemente entrenada en técnicas de mediación, de modo tal de propender a que las propias partes accedan a la solución consensuada del conflicto. El Código incorpora este principio cuando, en el art. 438 establece como recaudo de admisibilidad formal del divorcio, la presentación de un proyecto de convenio regulador suscripto por ambos cónyuges, o una propuesta que será puesta en conocimiento del otro cónyuge, para el caso de la pretensión unipersonal de divorcio. Esta innovación legislativa permitirá al juez tener mayores posibilidades de advertir conflictos latentes, conjurar su desencadenamiento o incluso arribar a entendimiento por consenso en las cuestiones no resueltas antes de presentar la demanda de disolución del vínculo, o —de ser necesario—, disponer la formación de causa por separado. A la par que se exige a las partes que se expidan sobre temas tales como alimentos, responsabilidad parental y cuidado de los hijos, atribución del hogar, compensaciones económicas, distribución de bienes, etc., adjuntando los elementos en los que fundan su propuesta, se confieren facultades al juez para requerir aquellos que estime procedentes.

La posibilidad de convocar a audiencia, establecida ahora en el derecho sustancial a partir del principio de inmediación y de la oralidad, previene la escalada de virulencia que las frustraciones propias del proceso de

.....

(18) Art. 706: "Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

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 de los conflictos.

Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario...".

desapego afectivo puede conllevar, y un magistrado o magistrada entrenado convenientemente, podrá fortalecerse en los puntos de coincidencia, trabajar sobre ellos, y colaborar en la formulación de acuerdos duraderos. No debe olvidarse, sin embargo, que deberán soslayarse actitudes omnipotentes, recurriendo tanto a la colaboración interdisciplinaria como a la de los abogados de las partes, de singular incidencia en estas cuestiones.

En este punto, es preciso señalar que quien impone su autoridad por el respeto ganado a través de actuaciones serias, comprometidas, relevantes y útiles, goza de mayor posibilidad de éxito que quien la despliega desde la imposición, la cita legal sin argumentación razonada ni razonable, el dogmatismo estéril y la ausencia de compromiso con el dolor ajeno.

Un buen juez de familia se comprueba ciertamente por su calidez humana, solidez técnica y plasticidad intelectual, una ética particular respecto de los individuos fragilizados, y una condición de liderazgo no exenta de humildad, pues todo ello le permitirá, sumado a la experiencia, advertir y prevenir los conflictos ocultos tras los explícitos que se formulan en los escritos inaugurales de la instancia.

b. **Oficiocidad:** el principio es enunciado, de manera general en el Título VIII del Libro Segundo sobre "Procesos de familia", pero a lo largo del articulado, varias son las normas que dan cuenta de esta directriz, como por ejemplo, lo dispuesto en el art. 579, que admite la disposición oficiosa para la realización de las pruebas genéticas en los juicios de filiación.

En el proceso civil rige el sistema dispositivo, que consiste en "...el señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste".⁽¹⁹⁾ Sus principales notas son: que el juez no puede iniciar el proceso de oficio; le está vedado considerar hechos o medios de prueba que no fueron aportados por las partes; tendrá por ciertos los hechos no controvertidos por los litigantes; la sentencia debe guardar congruencia, es decir, circunscribirse a lo alegado y probado; finalmente, el juez no puede excederse condenando ni a más ni a otra cosa que la esgrimida como pretensión en la demanda. Si bien éste es el eje rector, se admite la flexibilización de la congruencia, pero para ello se

.....

(19) ARNAUDO, DANIEL, citando a Vécovi, en "Principios procesales. Normativización", ponencia presentada en el Concurso de Jóvenes Ponentes del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011, en *elDial.com*, DC19C0, 29/11/2012.

exige el sinceramiento y la motivación suficiente del apartamiento de la regla, explicando por qué el corrimiento conduce a la “respuesta justa”. La fundamentación debe, además, y de modo inexcusable, argumentar la no afectación a la garantía de la defensa.⁽²⁰⁾

Como surge de los arts. 706 y 709 del Código, para los procesos de familia se asume la morigeración de ese principio dispositivo, justamente en función de la tutela judicial efectiva de los derechos que se resguardan. Expresamente, se consagra en el derecho sustancial una norma que tradicionalmente puede ser considerada de corte procesal, y así se establece que el impulso procesal está a cargo del juez. La razón de ser de esta medida legislativa reposa en que los derechos fundamentales titularizados por la ciudadanía en su conjunto, debe gozar de idéntica, uniforme y completa protección en todo el país.

El juez de familia del nuevo Código, independientemente de su competencia territorial, estará ahora expresamente autorizado por una norma procesal, para impulsar los procesos, y también para ordenar la producción de pruebas.

La mayor medida de la actuación judicial prevista en este tema no es única en la nueva codificación, pudiéndose observar la amplitud de las funciones de la judicatura en todo aquello que interesa a los derechos fundamentales de los vulnerables; así, en materia de alimentos, se pueden imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución o fijar los cánones por períodos menores al mes (arts. 542, 550 y 553); también ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (art. 557); puede el juez disponer la intervención de equipos especializados si una persona menor de edad pretende acceder al expediente de guarda y adopción procurando ejercer su derecho a conocer su historia, el origen de su filiación adoptiva (art. 596). Se amplían sus facultades permitiéndole exigir garantías de cumplimiento de los convenios (art. 440), amplitud para fijar la modalidad de cumplimiento de la compensación económica que se reconoce como derecho (arts. 441 y 525), entre muchas otras.

Tal vez una rápida lectura nos llevaría a afirmar que el punto más alto de flexibilización del principio dispositivo, y reinado absoluto de la oficiosidad es

(20) Un ejemplo de esta situación es posible encontrarlo en las resoluciones judiciales en las que se apela a la ley 26.485 y la doctrina vinculada con la temática de género para restituir —en algunas ocasiones, conferir— una igualdad socavada por los estereotipos culturales que anulan los derechos de la mujer.

el art. 616, que regula el inicio del procedimiento para obtener la sentencia de adopción, disponiendo: “Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”. La interpretación de la norma no puede ser ni ligera ni literal, pues cabe preguntarse qué ocurrirá si los pretendientes adoptantes y el niño o niña con edad suficiente, no mantienen la voluntad adoptiva; este inicio oficioso de la adopción se pone en jaque. Resulta casi irracional que un magistrado imponga una filiación sin que se haya producido el ensamble afectivo en el plazo fijado para ello.⁽²¹⁾ La correcta aplicación del texto importará para el juez el deber legal de intimar a las partes a dar inicio al procedimiento, bajo apercibimiento de revocar la guarda conferida, y concretar su cese ante la persistencia en la omisión. No obstante la solución que se propicia, lo cierto es que el texto plantea que es el juez quien lo inicia, y consagra la oficiosidad en este tema, en procura de otro valor que se tuvo en cuenta: el tiempo y su enorme incidencia en la filiación adoptiva.

- c. **Tutela judicial y economía del proceso:** mediante el despliegue de determinadas actividades de orden procesal, que en algunos casos sólo implican una forma de gerenciamiento del órgano judicial diferente a la tradicional, es posible obtener el mayor y mejor resultado con reducción del desgaste de las partes y del juez.

Esta directiva engloba un triple contenido: economía de tiempo,⁽²²⁾ de esfuerzos,⁽²³⁾ y de gastos⁽²⁴⁾ y se encuentra estrechamente vinculada con

(21) Recordemos que los términos legales fueron abreviados, siendo de seis meses el fijado para la guarda discernida luego de la declaración de adoptabilidad (art. 614).

(22) Como ejemplo de su utilización, se pueden mencionar: evitar sustanciaciones o vistas inoportunas o innecesarias, ajustar los procedimientos en función de brindar la solución jurídica en plazo razonable, advertir que los procesos incidentales no deberían durar más que los principales y reducir los plazos cuidando no afectar el derecho de defensa de las partes, disponiendo apercibimientos o aplicación de sanciones preventivas ante retardos injustificados, etc.

(23) Evitación de actos superfluos, como vistas a los ministerios públicos, o pruebas que no versen sobre hechos controvertidos, inconducentes o dilatorias; desde otra perspectiva, proveimiento anticipado de la jurisdicción pretendida cuando existe una acreditación de los hechos cercanos a la certeza, para lo cual puede recurrirse a las medidas autosatisfactivas, que trasladan la sustanciación para un momento posterior a la respuesta jurisdiccional que se impone como imprescindible. Un ejemplo cotidiano estaría dado por el despacho oficioso de una cuota alimentaria superior a la vigente simultánea al proveimiento del respectivo incidente cuando el desequilibrio es notorio; o autorizar la entrega de dinero depositado en carácter de salario de un progenitor fallecido a los representantes de los menores de edad, sin más recaudo que la acreditación de los vínculos, el deceso, y la existencia de fondos, etc.

(24) La gratuidad de los procesos de familia tiene estrecha vinculación con el acceso de los ciudadanos al servicio, pues una justicia cara, se torna desigual y por ello, la posibili-

la eficacia de la actuación judicial que da lugar a la tutela judicial efectiva. A modo de ejemplo, una correcta interpretación del sistema procurará que, apelando a la fijación de audiencias que podrán ser registradas en filmaciones o grabadas, o por sistema de videoconferencias, se resuelvan cuestiones de diversa naturaleza que puedan surgir y que, de plantearse por escrito, importarían demoras evitables. La concentración de actos optimiza la actividad jurisdiccional, con el consiguiente enaltecimiento de la eficacia del proceso, a la par que colaboran con la facilitación del acceso a la justicia. El soporte legal para adoptar la determinación de disponer las audiencias serán, claramente, la intermediación y la oralidad, unidos por la preceptiva de impulso oficioso.

El principio en cuestión tiene su mayor concreción en los despachos anticipatorios, sean al inicio de los procedimientos o para asegurar el resultado de los mismos, y cuando los tribunales superiores, al entender en los recursos, asumen competencia positiva, evitando reenvíos dilatorios y contrarios a los plazos de duración razonables de los procesos.⁽²⁵⁾

El Código lo incorpora cuando sanciona normas que pretenden eliminar la mora en la definición de las situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, estableciéndose plazos y metas, ensamblándose el sistema de Protección Integral (nacido de la Convención sobre los Derechos del Niño) con las reglas de derecho privado que regulan los deberes de la responsabilidad parental. Los plazos y procedimientos previstos en los arts. 607 a 609 procuran dotar de economía y celeridad a esos procedimientos, a la vez que configuran formas de control de las medidas dispuestas por los jueces y juezas para revertir la situación familiar disfuncional que originara la intervención estatal.

- d. **Cooperación procesal:** las partes se conducirán en el proceso con buena fe y lealtad, pero esa sola circunstancia puede no ser suficiente en punto a la necesidad de la colaboración necesaria para que el proceso de que se trate arribe a

.....

dad de la inaccesibilidad se acentúa. Siempre habrá de ser considerada la incumbencia social de esta problemática.

(25) Recordemos que la Corte IDH, en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27/04/2012, Serie C-N° 242, a más de evidenciar la mora jurisdiccional en la resolución de los procesos de adopción en supuestos de pedidos de restitución y el incumplimiento de la garantía del plazo razonable, señaló que deben ser manejados con diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

una sentencia. Es preciso que los litigantes sostengan una actitud positiva, suministren los hechos del caso con la mayor sinceridad, utilicen las herramientas procesales funcionalmente. A ello puede sumarse en cuestiones de prueba, su cooperación para la producción con independencia de su calidad de oferente de la medida de que se trate, amén de la aplicación en su momento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.⁽²⁶⁾

- e. **Acompañamiento judicial:** como ya fuera esbozado, el rol del juez de familia reviste una especial modalidad de desarrollo, y con independencia de la organización unipersonal o colegiada, con regímenes procedimentales especiales o sin ellos, los derechos que se debaten ante estos órganos son, junto con la libertad, la materia sensible de la ciudadanía. Característica de la justicia de acompañamiento es ser más expeditiva, desacralizada, sin perder la formalidad necesaria para avanzar hacia la solución del conflicto, posibilitadora de un marco dialogal y con un rol casi docente. En efecto, es usual que en las entrevistas que se desarrollan en los procesos por audiencias, se proporcione a las partes información acerca de sus derechos, obligaciones, deberes y cargas, advertencias sobre las consecuencias posibles de sus actos (omisivos, activos o negligentes), etc.

5 | Un protagonismo renovado, ¿qué se espera del rol del juez?

Del análisis de varias de las normas del Código Civil Unificado emerge la figura del juez de familia como un gran protagonista; por cierto, a no creerse el único. Verdaderamente se han ampliado sus facultades, dotándolo de mayores potestades que le confieren una actuación diferenciada respecto de los magistrados de otros fueros. Pero también se ha previsto el recurso interdisciplinario y se ha prevenido su injerencia indebida, o la actuación arbitraria, impidiéndosele avanzar sobre conductas autorreferenciales o exigiendo motivación razonable en sus sentencias.

(26) MORELLO, AUGUSTO M., "El deber de colaboración en el ámbito de la prueba", en *Revista Jurídica La Ley*, 2004-D-214; PEYRANO, JORGE W., "El principio de cooperación procesal", en *Revista Jurídica La Ley*, 2010-A-1062; BARBERIO, SERGIO J., "Cargas dinámicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar?", en *J. A.* 2003-II, fasc. 11, LexisNexis, 11 de junio de 2003, entre muchos otros, en especial Peyrano. El Proyecto formula el siguiente principio: Art. 710: "Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar".

Es el derecho privado quien dispone que asuma el comando o dirección del trámite y su impulso hacia la solución del conflicto por vía del acuerdo o de la sentencia, reconociéndole poderes respecto de la instrucción de las causas (art. 616, inicio de oficio del juicio de adopción), las pruebas (art. 579 sobre las pruebas genéticas) o el dictado de medidas cautelares o tutelas anticipadas (como las dispuestas para las personas que tienen cuestionada su plena capacidad, art. 39), o para asegurar la efectividad de sus decisiones (art. 440, exigibilidad de otorgar garantías al obligado por convenio regulador presentado en el divorcio; art. 550 a 552, medidas cautelares, solidaridad entre obligados, intereses u otra “medida razonable” para asegurar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; art. 557, que permite imponer medidas razonables para revertir el incumplimiento del sistema comunicacional fijado por acuerdo o sentencia).

La actividad jurisdiccional será producto de la aplicación de la ley, y las demás fuentes señaladas en el art. 2º, pero no será una labor realizada en soledad, sino que contará con la opinión fundada de otras ciencias que coadyuvarán al resultado común: la solución del conflicto con el menor costo posible. Para ello se requiere de profesionales con formación adecuada, que puedan comprender las implicancias del derecho de familia, especializados en la materia, y con características personales que permitan permeabilidad en los razonamientos.

6 | A modo de cierre

Es harto difícil que un proceso judicial culmine de manera satisfactoria para ambas partes, y/o usual es que lo que una de ellas considera justo, para la restante constituya un resultado injusto. Este desequilibrio en lo que hace a la satisfacción de quien utiliza el servicio de justicia debiera mantenerse dentro de parámetros normales, aunque muchos son los factores que, según las épocas, pueden colaborar a romperlo.

La búsqueda de la justicia como reguladora de la convivencia social (un tercero imparcial dirimiendo el conflicto entre particulares) tiene su marco legal en el derecho de fondo y también en el procesal. Sin embargo, estas apreciaciones no pueden mantenerse con idéntica firmeza en supuestos de intervención de la justicia de familia, en que el orden público impera en la regulación sustancial, justamente por los derechos que se encuentran en juego.

Los principios cardinales de no discriminación y tutela judicial efectiva respecto de categorías de personas reconocidas por el derecho constitucional-internacional como vulnerables (mujeres, niños, ancianos, discapacitados, conforme art. 75, inc. 23 CN), demarcan el mayor protagonismo de la judicatura con competencia en derecho de familia en el plexo legal analizado. Esa sola afirmación resulta estrecha a la luz del cúmulo de funciones que expresamente se han puesto en cabeza del juez. Puede el magistrado disponer sobre el derecho a la coparentalidad o acceso de los niños a ambos padres en caso de cese de la unión convivencial o matrimonial de la pareja parental fijando el régimen oficiosamente,⁽²⁷⁾ sobre la identidad personal, admitiendo que niños con edad y madurez suficiente para comprender el alcance de averiguar sobre la propia historia accedan a saber su origen, incluso a saber acerca del donante en supuestos de técnicas de reproducción, etc.

La actividad jurisdiccional requiere de jueces probos, éticos, que utilicen el proceso para arribar a la justicia del caso, con una razonada aplicación del derecho (leyes, principios, valores, usos, costumbres), que sean creativos en su utilización y argumenten incluso en contra de la regla escrita en función de valores superiores, de ser el caso.

La sociedad nos exhorta. Debemos conocer el derecho constitucional con la misma profundidad que el civil, los análisis jurisprudenciales de los organismos con competencia constitucional para brindar respuestas razonablemente fundadas, y en un lenguaje comprensible y asequible a quienes trajeron sus pretensiones.

Deberemos ejercer el protagonismo que nos piden, con aquella amable firmeza que nos confiere la verdadera autoridad, ganada con el respeto al prójimo.

Por último, y como epílogo a estas ideas: "No está escrito sino en el viento, y aun así puede leerse: un juez debe ser valiente y debe poder dormir. Sólo la libertad de conciencia permite esas posibilidades".

(27) Arts. 650, 651, 656, donde expresamente se establece respecto del cuidado del hijo que el juez, a falta de acuerdo de los adultos, sea a requerimiento de alguno de ellos o de oficio, deberá disponer el sistema más conveniente, con prioridad del régimen de cuidado compartido con la modalidad indistinta (ambos tomarán las decisiones cotidianas aunque el niño o niña resida principalmente con uno sólo de ellos).

Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil

por CECILIA P. GROSMAN⁽¹⁾

I | Introducción. Una forma de familia silenciada

I.I | Su reconocimiento

La familia que moldea el actual Código Civil convive con otras estructuras familiares de nuestra realidad social, enmudecidas por el deficiente respaldo de la instancia jurídica. Estas presencias reales deben ser contempladas por el derecho porque, ante una diversidad de necesidades, comportamientos y representaciones, es preciso instalar un pluralismo jurídico que respete los diferentes modos de convivencia familiar. Cito una de las conclusiones del XVII Congreso de Derecho de Familia, celebrado en 2012: "Los Estados deben reconocer todas las formas de relaciones familiares, tomando la realidad social a fin de salvaguardar el concepto de democratización de las familias".

.....

(1) Investigadora Superior del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesora Emérita de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, de la Facultad de Derecho de la UBA. Directora de la *Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot.

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5°), y la forma en que se ha concretado este mandato en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes —ley 26.061—, y su reglamentación —el decreto 415/2006, art. 7°—, evidencia un concepto amplio de familia. Además de los progenitores, incluye a las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Asimismo, la norma establece que podrán asimilarse al concepto de familia, “otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección”.

Al mismo tiempo, el artículo 14 *bis* de nuestra Constitución Nacional, asegura la protección integral de la familia, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza. El principio de no discriminación impone el reconocimiento y la consideración de las distintas estructuras y organizaciones de los espacios íntimos. La aceptación de este pluralismo comporta cuestionar la existencia de un modelo considerado como legítimo y normal y el etiquetamiento de las otras formas como desviadas, sospechosas o patológicas.

No debemos olvidar que la norma legal cumple una doble función. Por una parte, recoge la realidad “viviente”, la ordena y organiza —es decir, crea expectativas claras sobre lo que está permitido, lo que está prohibido, lo que se espera de uno, lo que cabe esperar del otro, o sea, cuáles son los derechos y deberes de cada uno—; por la otra, la ley desempeña una misión promotora y transformadora de las conductas y creencias de los ciudadanos sobre la base de ciertos valores afirmados en la plataforma internacional de los derechos humanos.⁽²⁾

Una de las configuraciones que presenta un notable incremento en el escenario familiar es la llamada **familia ensamblada**, o sea, aquélla originada en el matrimonio o unión convivencial, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos nacidos de una unión anterior, con o sin hijos comunes. La vida nos muestra que, una vez finalizada una unión por divorcio, separación o fallecimiento, uno de los miembros de la pa-

.....

(2) GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, “Relaciones de Hecho en las Familias Ensambladas, Derecho de Familia, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 46, Buenos Aires, Abeledo Perrot, julio/agosto, 2010, p. 80 y ss.

reja o ambos, pueden volver a formar una nueva unión, lo cual agrega interacciones y lazos entre los integrantes, en especial, el vínculo entre un cónyuge o conviviente y los hijos propios del otro. Estas familias cumplen funciones comunes a otros entornos íntimos: socialización de los hijos y sostén material y afectivo de sus componentes. Debemos tener presente la concepción dinámica de las trayectorias familiares; o sea, que una misma persona puede transitar a lo largo de su existencia por distintas formas de familia: la nuclear intacta, la familia monoparental y la familia ensamblada.

A diferencia de lo que acontecía en una época pretérita, la familia ensamblada ya no tiene como causa principal la muerte de uno de los padres, sino que su fuente primordial es el divorcio o ruptura de una convivencia. El derecho en nuestro país ha descuidado la regulación de estas familias que incrementaron su magnitud como consecuencia del aumento en el número de los divorcios o separaciones. Sin embargo, en el campo académico, desde hace tiempo, se viene observando la preocupación por el vacío legal. Destaco, particularmente, el *X Congreso Internacional de Derecho de Familia* realizado en Mendoza en 1998, en el cual se presentaron numerosas ponencias destinadas a consolidar el funcionamiento de este tipo de familia. Más recientemente, en el *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* realizado en Mar del Plata, del 22 al 26 de octubre de 2012, ingresaron diversas propuestas sobre el tema.

También en la justicia se alertó sobre el mutismo de la ley con palabras enérgicas. Entre los argumentos, una sentencia expresa:

“...Las parejas convivientes con hijos de diversos padres o madres, es prácticamente ignorado en el derecho privado, en especial el derecho de familia (...) Se ignora una realidad que debe golpear a políticos, legisladores, doctrinarios y lógicamente, a jueces. Es una realidad que una persona junto a su pareja, tiene hijos propios y de otras uniones, viviendo en común, bajo su dependencia económica, con deberes de educación, vigilancia y corrección. La falta de ámbito normativo que proteja a sus integrantes produce una discriminación”.⁽³⁾

(3) Cám. Civ. y Com. y Minería de Gral. Roca, 05/03/2003, en *La Ley Patagonia*, 2003, p. 102.

La designación “familia ensamblada”, elegida entre tantas que circulan en el contexto social (familia reconstituida-recompuesta-rearmada) simboliza el intercambio del nuevo núcleo con los precedentes. Dar un nombre a esta entidad la torna visible en la sociedad y permite centrar la atención sobre sus necesidades y dificultades específicas.

El Proyecto del Código Civil ha introducido normas que buscan cooperar para que estas familias lleven a cabo adecuadamente su función de cuidado y educación de los niños que viven en el hogar y, de este modo, hacer efectiva la protección de la infancia y adolescencia proclamada en la Convención sobre los Derechos del Niño. Teniendo en cuenta los conflictos que pueden presentarse en las familias ensambladas, a más de la necesidad de afirmar el principio de seguridad jurídica, es preciso ofrecer regulaciones que permitan a los jueces y abogados contar con un panorama de soluciones claras. A partir de los casos concretos, será posible mediante la labor doctrinaria y jurisprudencial, presentar respuestas que preserven los derechos de sus integrantes y contribuyan a mejorar la calidad de vida de los hogares ensamblados.

1.2 | La familia ensamblada se constituye a partir de una pareja, tanto heterosexual como homosexual. El principio igualitario

El principio igualitario introducido con la ley 26.618 (art. 42) permite la construcción de una familia ensamblada a partir de una pareja heterosexual u homosexual con hijos de una unión anterior de uno o los dos integrantes. Es posible que tras la ruptura de una pareja heterosexual, uno de ellos o ambos convivan con otra persona del mismo sexo. Mencionamos un fallo dictado en nuestro país, antecedente del principio igualitario. El pronunciamiento sienta la doctrina de que si esta situación no pone en riesgo el desarrollo de los hijos, la diferente orientación sexual no implica falta de idoneidad. La solución contraria significa una discriminación inaceptable.⁽⁴⁾

(4) Juzgado Familiar de Córdoba, N° 4, 06/08/2003, "L., S. F y A. C. P", en *RDF* 2004-I-143 con nota de Beatriz Bísvaro.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Atala Riffo c/ Chile" se ocupa de manera central de la orientación sexual de los padres en la atribución del cuidado de los hijos. En el fallo se expresa argumentos a favor de la regla igualitaria, dejándose asentado que "La orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, toda vez que el lesbianismo no es una patología psiquiátrica ni psicológica que le impida ejercer su rol de tal" y que "La identidad sexual de los padres no tiene un impacto directo en la de sus hijos e hijas. Investigaciones muestran que los hijos criados por parejas del mismo sexo no se diferencian de los niños criados por parejas de padres heterosexuales en términos de inteligencia, relaciones con los pares y desarrollo de la identidad sexual".⁽⁵⁾

Brevemente, la plataforma fáctica: la Sra. Atala Riffo y el Sr. López Allendes, unidos en matrimonio desde el año 1993, se separan de hecho y celebran un convenio por el cual la madre asumiría la tenencia de las tres hijas. Meses más tarde el padre demanda la tenencia alegando que el desarrollo emocional de sus hijas se encontraba en peligro desde la fecha en que la compañera sentimental de la Sra. Atala convivía con ésta y las niñas. Después de la intervención de distintas instancias judiciales, el caso llega a la Corte Suprema de Justicia de Chile que finalmente, otorga la tuición definitiva al padre.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió la denuncia de la Sra. Atala por la vulneración de sus derechos fundamentales contra el Estado de Chile, representada por diversos organismos de derechos humanos. Con fecha 24/02/2012, la Corte dicta una sentencia donde afirma que el Estado de Chile ha afectado diversos derechos previstos por la Convención en perjuicio de la Sra. Atala y/o de sus tres hijas. Resuelve que ha existido una afectación de los derechos a la **igualdad y no discriminación y a la vida familiar** de la Sra. Atala y de sus tres hijas, al derecho a la **vida privada** y al **derecho a ser oído** de las niñas, e impone una serie de reparaciones al Estado chileno, entre otras: la indemnización de los daños morales y materiales ocasionados, la rehabilitación de las víctimas (asistencia médica y psicológica) y las garantías de no repetición (básicamente, a través de la capacitación de los funcionarios).

(5) Juzgado de Letras de Villarica, Chile, 29/10/2003, en *RDF*, 2005-II- 155.

2 | Denominación del cónyuge o conviviente del progenitor del niño o adolescente

El Proyecto de Código Civil, en su artículo 672, establece que se **denomina “progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”**, designación ésta que viene a reemplazar a los ensombrecidos “padrastra” y “madrastro”, en consideración al estereotipo que los presenta como figuras indeseables. Esta descalificación explica la fuerte carga simbólica que arrastran tales términos. Prueba de ello es que en las prácticas sociales, se ha acudido a otras formas de nombrarlos: ya sea llamándolos por su nombre, o bien por el vínculo, se dibuja de manera indirecta a través de la persona del progenitor: el “marido de mi mamá”, “la esposa de mi papá”, o “el hijo de mi pareja”.

Recuerdo la narración de Neruda:

“Mi padre se había casado en segundas nupcias con doña Trinidad Candia, mi madrastra. Me parece increíble tener que dar este nombre al ángel tutelar de mi infancia...Oh dulce madre, nunca pude decir madrastra-ahora mi boca tiembla para definirte porque apenas abrí el entendimiento vi la bondad vestida de pobre trapo oscuro, la santidad mas útil: la del agua y la harina y eso fuiste: la vida te hizo pan y allí te consumimos”.

El tema de la designación tiene relevancia pues implica el reconocimiento social y la adecuada integración al entorno familiar y ello tiene un hondo significado para la construcción de las relaciones. El Proyecto ha acudido para nombrar a esta figura, a un vocablo ya existente en el Código Civil como es el parentesco por afinidad que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio con los parientes consanguíneos del cónyuge. Se ha extendido la denominación al conviviente del progenitor por la similar función que cumplen en estas familias.⁽⁶⁾ Si bien la unión convivencial no da lugar al pa-

.....

(6) MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, número especial, “El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil”, 2012-II, p. 47.

rentesco por afinidad, previsto en el artículo 538 del Proyecto para la unión matrimonial, se mantiene la noción de "afín" con un sentido más amplio, más allá de que técnicamente, no se configure tal lazo de parentesco.

Como antecedente, citamos un Proyecto de ley denominado "Normas protectoras de los hijos en las familias ensambladas" (s-1299/08), aprobado por la Comisión de Legislación General del Senado en el año 2009, donde se utiliza los nombres de "padre o madre afín" para denominar a los nuevos cónyuges de los progenitores.

Destacamos que en otros países como en Brasil (art. 1595 del Código Civil) y Venezuela,⁽⁷⁾ dicho vínculo de afinidad se extiende al conviviente y los hijos del otro. Igualmente, la Sala Constitucional de Costa Rica interpretó "que entre el concubino y los parientes consanguíneos de su compañera" se establece el parentesco por afinidad, siempre que se trate de uniones estables, con cohabitación bajo el mismo techo, de carácter singular, pública y notoria.⁽⁸⁾

3 | Derechos y deberes del progenitor afín

El artículo 673 del Proyecto establece que "El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental".

3.1 | Carácter de la enumeración

El precepto establece expresos deberes que implican, a la vez, derechos del progenitor afín, tales como: 1) cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro; 2) realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico; 3) adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. El

(7) Efecto derivado de la Constitución de Venezuela, art. 77.

(8) Sala Constitucional N° 1151, 01/03/1994, en SOLIS MADRIGAL, MAURÉN, *Ley contra la Violencia Doméstica*, San José de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas SA, 2004, p. 130.

texto señala claramente que la colaboración del progenitor afín no afecta el derecho de los padres y la sola intención es dar legitimidad a las labores que pueda realizar el progenitor afín en apoyo de la función parental, como ser —se ejemplifica en los fundamentos— “firmar boletines, autorización para salidas extracurriculares, anotarlos en torneos deportivos, etc.”.

La norma tiene carácter enunciativo por lo que comprende otras tareas que puede realizar el padre o madre afín que impliquen ayuda a la madre o al padre en el ejercicio de su responsabilidad parental atinentes a la crianza y formación del niño o adolescente, que incluye diversas acciones, tales como asistir al colegio del niño, llevarlo o traerlo del establecimiento educativo, acompañarlo al médico, colaborar con las tareas escolares, contratar una cobertura médica y realizar distintos actos en beneficio del hijo afín.

3.2 | El lugar del progenitor afín

El texto incorpora una figura que no ha sido considerada en el Código Civil, pero que ha sido reconocida por diversos autores en la doctrina nacional, fallos judiciales y reuniones científicas de naturaleza internacional, destacándose el papel que juega el progenitor afín en el marco familiar para el bienestar del niño o adolescente. Por ello, se ha juzgado que era necesario su expresa regulación para fortalecer el nexo que se genera entre quien se encuentra casado o conviviendo con una persona y sus hijos de una unión anterior. Son núcleos donde conviven o circulan niños y adolescentes de diferentes uniones que conforman una red de sustento emocional y material que debe ser apoyada por una plataforma normativa.

Se trata de una estructura compleja con una multiplicidad de enlaces y una ambigüedad en los roles, esencialmente en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos propios del otro. Como se ha ejemplificado en la literatura sobre el tema, el nuevo esposo de la mujer no sabe si debe comportarse como “ un padre”, “ un amigo” o “ un adulto de sostén”.⁽⁹⁾ Las dudas e incertidumbres constituyen la principal dificultad en estas familias. Si los roles de los padres biológicos son claros, en cambio, no existen lineamientos institucionales para los progenitores afines y ello obstaculiza

.....

(9) THÉRY, IRENE y DHAVERNAS, MARIE-JOSEPHE, “*La parenté aux frontières de l’amitié: statut et rôle de beau - parent dans les familles recomposées*”, en *Les recompositions familiales aujourd’hui*, 1993, p.160.

la participación y responsabilidad del cónyuge o conviviente en el cuidado de los hijos propios del otro integrante de la pareja. Tampoco los terceros saben cómo actuar, por ejemplo, las autoridades del colegio pueden dudar si invitan al cónyuge o pareja de la madre a la reunión de padres aún cuando observan que esta persona se preocupa por el niño o vacilan en llamarlo ante la ausencia del progenitor, frente a problemas relacionados con la conducta del niño.⁽¹⁰⁾

En suma, el derecho tiene una importante función que cumplir en la dinámica de estas familias: crear un lugar y espacio propios al progenitor afín en el ámbito familiar que le permita expresar sus sentimientos, acordarle las facultades para colaborar en el cuidado del hijo afín, y darle el reconocimiento necesario en el orden interno y frente a la sociedad para que pueda cumplir con el compromiso que, naturalmente, nace de la convivencia y el correr de la vida cotidiana. Este ideal, que debe serlo para cualquier familia, asume un valor constitutivo del núcleo ensamblado en el momento en que el cónyuge o conviviente del progenitor es visto como un integrante necesario del núcleo familiar y sostener el espacio de intimidad se convierte en una tarea constructiva.

3.3 | Los padres son los principales responsables en el cuidado y educación de los hijos. Función complementaria de los progenitores afines

La regulación se desvela por dejar afirmado que el niño o adolescente sigue teniendo como principales responsables a los progenitores, a quienes les cabe todos los derechos y deberes en el cuidado y crianza de los hijos, siendo el progenitor afín una figura que complementa la función en beneficio de los hijos. El significado de la acción de “cooperar” a la cual alude el texto significa acompañar, asistir y favorecer la formación y educación de los vástagos de su pareja. Al mismo tiempo, la ley avala las acciones de los terceros para solicitar, en caso necesario, su intervención, como puede ser la escuela o la institución médica.

Si bien es indiscutible que la función de cuidado y educación de un hijo es una labor primordial de los padres, es frecuente que parientes u otras

(10) GROSMAN, CECILIA y MARTINEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas*, Bs. As., Eudeba, 2000, p. 65.

personas de confianza asuman algunas de tales tareas que pueden distribuirse o complementarse; pero ello en modo alguno implica el desplazamiento o la sustitución de la figura materna o paterna.⁽¹¹⁾ El Proyecto, pues, no hace más que recoger lo que acontece en la vida social, cuando en las labores de atención del niño o adolescente colaboran quienes forman parte del entorno familiar, conductas consideradas positivas dentro de nuestro sistema de creencias.

Una idea central sustenta el Proyecto de Código Civil: el progenitor afín no ocupa el lugar del padre o la madre. No se trata de una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que es una figura de referencia distinta que contribuye en la función de cuidado, cuyo contenido describe la reforma propuesta y, al mismo tiempo, se respeta el vínculo afectivo que forma parte del derecho a la identidad en su faz dinámica del hijo afín. Dar, pues, un lugar propio al cónyuge o compañero/a del progenitor que convive con el hijo, con la admisión de su papel diferente, de apoyo a la función de los padres, ahuyenta el fantasma de “la competencia” y evita los conflictos que nacen de un silencio legal. El Proyecto aleja la mirada negativa que sobrevuela en estos vínculos y valora la acción positiva que puede cumplir el progenitor afín en la vida familiar que le posibilite el mejor desempeño en sus tareas de colaboración al establecer con claridad sus derechos y deberes.

3.4 | La Reforma recoge la orientación que prima en el derecho contemporáneo

La acentuación del individualismo en el ámbito familiar ha tenido que aco- plarse a una exigencia de solidaridad para preservar el desarrollo de la infancia reservada, en primer lugar, a la familia. Si cada vez en mayor medida han surgido formas facilitadoras del divorcio, al mismo tiempo, las políticas legales de muchos países se preocuparon por las consecuencias de estas decisiones nacidas de la autonomía privada. Es decir, se evidencia en el mundo actual una doble respuesta de la sociedad. Por una parte, se afirma el principio de coparentalidad a través del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, incluso después de la separación de los padres. Al mismo tiempo, se consolida la preferencia por el cuidado compartido del hijo en virtud del

(11) GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, *op. cit.*, p. 80 y ss.

derecho de los niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con ambos progenitores, tal como lo exige la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 9º). Esta orientación es recogida con fuerza en el Proyecto de Código Civil.

Por otra parte, en la legislación comparada, se alienta la cooperación de la nueva pareja en el cuidado del hijo propio del cónyuge o conviviente, identificándose de modo expreso esta relación y dándole un estatuto relevante, pero sin descuidar los derechos y responsabilidades de los padres. Daremos algunos ejemplos de manera breve, remitiéndonos a la bibliografía sobre el tema, por razones de espacio.⁽¹²⁾

En Alemania, el padre o madre afín, denominados "*stiefeltern*" tienen, a pedido del cónyuge, el derecho de actuar conjuntamente con el progenitor en el cuidado del hijo, siempre y cuando dicha actuación resulte razonable. En Suiza, el art. 299 del Código Civil le permite al progenitor afín "apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan".

En España, la modificación del art. 68 del Código Civil introducida por la ley 15/2005, incluye el deber de los cónyuges de compartir "...el cuidado y atención de los ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". Entre los sujetos beneficiarios, se encuentran los descendientes menores de edad, provenientes de uniones de hecho o matrimonios anteriores de cada uno de los cónyuges.⁽¹³⁾ Con mayor contundencia, en la Comunidad de Aragón (España) se dispone que la autoridad familiar no sólo será atribuida a los padres, sino también a otras

(12) Ver GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, op. cit., p. 73 y ss.; GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, "Una sentencia sencilla, una cuestión compleja. El reconocimiento de las familias ensambladas en el ámbito jurídico", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2008-II, p. 59 y ss. Para un mayor desarrollo del derecho comparado europeo, ver TAMAYO HAYA, SILVIA, *El Estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Colección Scientia Jurídica, Madrid, Ed. Reus SA, 2009, p. 50 y ss.

(13) GARCÍA CANTERO, GABRIEL, "Notas sobre la addenda introducida por el art. 68 CC por Ley 15/2005", en José Carlos Sánchez González, Francisco Javier Gardeazábal del Río, Pedro José Garrido Chamorro (coords.), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Consejo General del Notariado, Civitas, Pamplona, Thomson Reuters, 2010, p. 210; mencionado en Leonardo B. Pérez Gallardo, "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*, ¿una ecuación lineal?", en *Revista de Derecho de Familia y De las personas*, nº 7, Bs. As., La Ley, agosto 2011, p. 163 y ss.

personas como ser padrastro o madrastra (art. 72), abuelos (art. 73) o hermanos (art. 74). En cualquier otro caso en que una persona se haga cargo voluntariamente “de la crianza y educación del menor”, se determina la existencia de la guarda de hecho y el art. 75.1 de la ley dispone que “la autoridad familiar prevista en los artículos anteriores se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor”. En todos estos supuestos, la función está sujeta a reglas propias.⁽¹⁴⁾ En el Código Civil de Cataluña —Libro segundo sobre Persona y Familia, según ley 25/2010— se establecen las siguientes facultades respecto de los hijos propios del cónyuge o conviviente en pareja estable:

“a) participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria. En caso de desacuerdo prevalece el criterio del progenitor; b) en caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor, que tiene la guarda del hijo, puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo e informar al otro progenitor (art.236-14). Igualmente, se le puede atribuir la guarda del hijo en caso de muerte del cónyuge o conviviente en pareja estable que tenía atribuida la guarda de forma exclusiva, al otro bajo ciertas condiciones (art. 236. 15)”.

En conclusión, en algunos países se reconoce expresamente el lugar del cónyuge o conviviente del progenitor respecto de los hijos de este último, pero en otros ordenamientos se sortea el vacío legal a través de distintas figuras donde la persona es tratada como un simple “tercero” a cargo, en mayor o menor medida, del cuidado del hijo de su cónyuge o conviviente. Es decir, no asume la calidad de un familiar.

3.5 | La demanda social

Los resultados de un estudio realizado en la Argentina,⁽¹⁵⁾ coincidentemente con las conclusiones de investigaciones efectuadas en otros países,⁽¹⁶⁾ revelan que existe una demanda social para crear referentes legales y or-

(14) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “Ley aragonesa de la persona: una aproximación” [en línea], www.sepin.es.Referencia sepinNET:SP/DOCT73544

(15) GROSMAÑ, C., MARTINEZ ALCORTA I., *Familias ensambladas, op. cit.*, p. 81 y ss.

(16) THERY, IRÈNE y DHAVERNAS, MARIE JOSEPHE, “Le beau- parent dans la familles recomposées. Rol familial, status social, status juridique”, *Centre de Recherche Interdisciplinaire de*

denar los derechos y deberes entre el padre/ madre afín con el hijo afín durante la unión y después de la ruptura del vínculo.

Aún cuando muchas veces se acude a la adopción de integración para consolidar el nexo entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro y darle a la relación entidad jurídica, esta opción sólo tiene un campo de aplicación limitado, como ser, cuando el otro progenitor ha fallecido, no ha reconocido al hijo o ha sido privado de la responsabilidad parental. No es dable esta solución frente a padres presentes o cuando el hijo, de acuerdo con su etapa evolutiva, no presta su consentimiento.

3.6 | En caso de desacuerdos

Para evitar posibles conflictos, la ley aclara que en caso de desacuerdo entre el padre/madre del niño y su cónyuge o conviviente, prevalece la posición del primero por ser el responsable primario del cuidado del hijo, afirmándose, de este modo, que la colaboración del progenitor afín no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

4 | Delegación a favor del progenitor afín

El art. 674 del Proyecto dispone que

“El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente”.

Vaucresson, Paris, Caisse Nationale des Allocations Familiales, 1991, p. 71. LE GALL, DIDIER y MARTIN, CLAUDE, "Transitions familiales, logiques de recomposition et modes de régulation conjugale", en Meuldeurs-Klein y Thery (dir.), *Les Recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, Ed. Nathan, 1993, p. 138.

4.1 | Interpretación de la norma

La Reforma propuesta permite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al padre/madre afín por parte del progenitor conviviente cuando, por circunstancias específicas, como viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, no puede hacerse cargo del cuidado de su hijo. La enumeración que consigna el artículo es meramente enunciativa y, por lo tanto, pueden exponerse otras circunstancias que requieran la delegación, como razones de trabajo, reuniones científicas o la necesidad de cuidar a un pariente muy cercano.⁽¹⁷⁾

La facultad que se proyecta significa el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y en modo alguno implica una abdicación de la responsabilidad parental. Esta posibilidad no sólo beneficia al niño o adolescente con quien convive el progenitor afín, sino también a la madre o el padre que, en forma temporaria, no está en condiciones de ejercer la función.

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental requiere la homologación judicial que no será necesaria si el otro progenitor acuerda o presta conformidad expresa. Este criterio se adopta en consonancia con la noción de "desjudicialización" que se procura en el régimen de derecho privado. La homologación exigida siempre tendrá en cuenta el interés superior del hijo, noción marco definida en la ley 26.061 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

4.2 | Conexión con el artículo 643 del Proyecto

La norma establecida es coherente con el artículo 643 del Proyecto donde se dispone que, en interés del hijo y por razones debidamente justificadas, los progenitores puedan delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente o en un tercero idóneo siempre que sea por una razón justificada y por el plazo máximo de un año. Dicho acuerdo debe ser homologado judicialmente y debe oírse al niño o adolescente. El texto

.....

(17) BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, "Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental", en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, "Relaciones entre padres e hijos", n° 26, Bs. As., LexisNexis, 2004, p. 59.

del art. 674 —objeto de nuestro comentario— recoge esta facultad, pero referida de manera expresa a la delegación al progenitor afín y bajo las condiciones particulares que indica esta norma. Sería aplicable al caso lo previsto en el art. 643 en cuanto dispone que “los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades”.

La delegación al progenitor afín se enmarca en las prácticas sociales habituales en nuestra sociedad cuando los padres requieren cooperación familiar para el cuidado de los niños o adolescentes por razones de imposibilidad temporal. Estas demandas, y los acuerdos implícitos que las sustentan, funcionan con naturalidad y no son vivenciados como contrarios a las responsabilidades parentales.

La otra exigencia establecida, antes de hacer efectiva la homologación judicial, es comprobar si el otro progenitor se encuentra imposibilitado de ejercer la función o no resulta conveniente que asuma su ejercicio, teniendo en cuenta —reza el texto— “el interés superior del niño”. Esto significa que se prioriza la figura del otro progenitor para continuar en el cuidado del hijo, salvo que no esté en condiciones de asumirlo, lo que podría lesionar los derechos de niño o adolescente.

Estos acuerdos de delegación de la responsabilidad parental pueden quedar sin efecto por voluntad de las partes o por hechos que puedan lesionar los derechos del hijo.

4.3 | Derecho comparado

En diversos países la figura de la delegación de autoridad parental posibilita, por acuerdo de los interesados, delegar en todo o en parte las funciones parentales. Veamos dos ejemplos. En Francia, la delegación de la autoridad parental por acuerdo de los interesados permite delegar, en todo o en parte, las funciones parentales respecto de un menor de 16 años, a un particular digno de la confianza del progenitor, siempre que ello fuere beneficioso para el hijo, por ejemplo, si la madre debe ausentarse temporariamente del hogar. Para esta delegación, tal como lo prevé el art. 377 del Código Civil francés, de acuerdo con la reforma del 04/03/2002, sólo se requiere la autorización del padre o la madre.

La delegación que confiere un título oponible a terceros y no afecta el lazo de filiación, cesa por decisión judicial, si se justifica la existencia de nuevas circunstancias e, igualmente, el progenitor puede obtener la restitución de la autoridad por hechos nuevos, como podría ser, en el supuesto que nos ocupa, la ruptura de la unión.⁽¹⁸⁾

El Código de Familia de El Salvador dispone en su art. 216 que, si bien es deber de los padres cuidar a sus hijos, ambos o quien ejerza el cuidado personal del niño tiene el derecho de confiar tal cuidado a persona de su confianza, sin que por ello desatienda sus deberes paternos.

5 | Ejercicio conjunto con el progenitor afín

El Proyecto establece que

“En caso de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.”⁽¹⁹⁾

5.1 | Interpretación de la norma

El texto otorga a los interesados la posibilidad de establecer acuerdos explícitos destinados a compartir o cooperar en el cuidado de los hijos propios de uno de ellos en los casos en que el padre biológico ha fallecido, está ausente o no está en condiciones de ejercer la función. La homo-

(18) Para profundizar sobre este tema recomendamos compulsar BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, “Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental”, ponencia presentada en el XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario, 2003, publicada en *Libro de Ponencias*, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 24 y ss.

(19) Un antecedente de esta norma es el proyecto de “Normas Protectoras de los hijos en las familias ensambladas”, ya mencionado.

logación judicial de los aludidos acuerdos otorga un marco institucional a la dinámica de estos grupos familiares, tanto en el orden interno como en la relación con el mundo externo. Este acuerdo, que incluye diversas facultades y cuidados habituales del niño o adolescente, en cuanto a protección, sustento, educación, salud y recreación, se ejerce conjuntamente con el progenitor conviviente. Cesa en caso de ruptura de la unión, a petición de los interesados o cuando resultare perjudicial para el niño o adolescente. De este modo, el progenitor afín se posiciona en un lugar de mayor participación en la vida del niño o adolescente. Esta concordancia de voluntades, homologada judicialmente y con la participación del hijo con suficiente grado de madurez, va de suyo, no afecta la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza del progenitor del niño o adolescente.

Aunque la norma especifica claramente los casos en que cabría tal posibilidad —muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental—, interpretamos que debe admitirse el acuerdo cuando el progenitor es privado de la responsabilidad parental pues en este supuesto tampoco puede ejercer la función.

Se plantea el siguiente interrogante: ¿podría admitirse tales pactos en otros casos y no exclusivamente en los establecidos, en la medida que no afecten las prerrogativas del padre no conviviente y se le permita cumplir en toda su amplitud la función parental y mantener una amplia comunicación con el hijo?

Una respuesta afirmativa se aprecia en diversas legislaciones pues se regula la posibilidad de estos acuerdos, no sólo en los supuestos excepcionales que marca el Proyecto. En el derecho inglés (*Children Act, 1989*), el juez evalúa dicha demanda en función del interés del niño y verifica si, efectivamente, el reclamante cumple en los hechos tareas propias del cuidado parental. Emite, entonces, una decisión llamada "*Residence Order*". En este caso, el progenitor a cargo del cuidado del hijo y el padre o madre afín, de manera igual, tienen el derecho de tomar decisiones respecto del niño o adolescente por el tiempo de duración de dicha medida. La legislación precisa que las "*Residence Order*" no privan al padre no custodio de sus derechos sobre el niño y de su derecho de comunicación con el hijo.⁽²⁰⁾ Después de la reforma

(20) MASSON, JUDITH, *A Step in Both Directions? The Impact of the Children Act 1989 on 'Step-families'*, England, University of Bath, Ed. Brian Dimmock, 1992.

de esta ley (*Civil Partness hip Hill, 2005*), si bien se permite a los progenitores afines (*stepparents*) obtener la responsabilidad parental mediante un acuerdo formal o una orden judicial, en caso de responsabilidad parental compartida, ambos progenitores deberán firmar el acuerdo. En ausencia de la conformidad del padre no guardián, el juez aprecia la naturaleza e intensidad del afecto del padre afín y el niño y otorga la orden si favorece el interés del niño.⁽²¹⁾ En Dinamarca y los Países Bajos, los padres afines pueden participar en el ejercicio de la autoridad parental únicamente cuando es ejercida en forma exclusiva por el padre conviviente. Pero esta posibilidad está subordinada al acuerdo de los dos padres biológicos y sujeta a una formalidad de registro. Cuando el padre no conviviente aún vive, el juez debe asegurarse de que el padre detentador de la autoridad parental la ha ejercido de manera unipersonal durante al menos tres años. Se escucha al niño mayor de 12 años. El juez apreciará si la “autoridad común” del padre conviviente y su pareja no afecta el interés del niño y, sobre todo, si no se resentirán las relaciones del niño con su otro progenitor.⁽²²⁾

Del relato de estos textos, se desprende claramente la preocupación por no lesionar el ejercicio de la responsabilidad parental de los padres biológicos, al mismo tiempo que se posibilita la colaboración de los progenitores afines. Por otra parte, se distingue las condiciones exigidas en el caso del cuidado compartido del hijo de aquél en que el cuidado es unipersonal.

La norma proyectada prevé que, ante una situación de conflicto o desacuerdo entre el progenitor del niño o adolescente y el padre afín, prima la decisión del padre o madre conviviente. Este acuerdo, por sus consecuencias legales y sociales, debe ser homologado judicialmente y cesa tras la ruptura del vínculo matrimonial o terminación de la convivencia. También puede cesar a petición de los interesados, o cuando resultare perjudicial para el niño o adolescente.

(21) TAMAYO HAYA, SILVIA, *op.cit.*, p. 43 y ss.

(22) En Francia, en un informe presentado destinado a modificar la legislación de dicho país, se concluye que es necesario organizar una participación del padre o madre afín en el ejercicio de la autoridad parental pues el silencio legal ocasiona numerosos problemas en la vida cotidiana. En este país, ante la falta de normas específicas referidas al padre o madre afín, es posible aplicar las disposiciones referidas a la guarda de terceros. De cara a esta problemática, el presidente de la República encargó en agosto 2007 la preparación de un proyecto para la creación de un estatuto de padraastro (padre/madre afín).

6 | La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro

6.1 | Su carácter subsidiario

El Código Civil establece en el art. 368 el derecho alimentario recíproco entre un cónyuge y los hijos del otro, de carácter subsidiario, siempre que mediare un vínculo matrimonial entre el progenitor de los hijos y el padre afín y no hubiese parientes consanguíneos o éstos no tuvieren recursos o fueren insuficientes.⁽²³⁾ El art. 676 del Proyecto extiende la obligación alimentaria al conviviente del progenitor a cargo de los hijos y mantiene su carácter subsidiario.

Como se ha señalado en la doctrina:

“resulta dudosa la efectividad de la subsidiariedad en la medida en que en la mayoría de los casos el progenitor afín convive con el hijo de su cónyuge o conviviente y cotidianamente aporta para el sustento de estos niños o adolescentes, ya que entre todos integran una familia, por lo que su obligación subsidiaria se tornaría primaria y tendría como base la convivencia con el niño”.⁽²⁴⁾

6.2 | El deber alimentario del progenitor afín articulado con el deber de contribución

Recordemos que el inc. 1 del art. 1275 CC dispone que la manutención de la familia y de los hijos comunes, como así también la de los hijos “legítimos” de cada uno de los cónyuges, integran las cargas de la sociedad conyugal. Con la reforma de la ley 23.264, que equiparó a todas las filia-

(23) CHECHILE, ANA MARÍA, “Derecho alimentario entre hijos y padres afines”, en JA 1997-I-860.

(24) PITRAU, OSVALDO F., “El derecho alimentario familiar en el Proyecto de Reforma”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 57, noviembre 2012, p. 230 y ss.; PITRAU, OSVALDO F., “La prestación alimentaria en la familia ensamblada”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, LexisNexis – Abeledo Perrot, n° 25, p. 105 y ss.

ciones, se interpretó que eran a cargo de la sociedad conyugal los alimentos y la manutención de esta nueva familia, en la cual quedan incluidos los hijos de las anteriores uniones del cónyuge, matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos,⁽²⁵⁾ norma que constituye una fuente importante que robustece la obligación alimentaria de los padres afines⁽²⁶⁾ y que se constituye en antecedente relevante del “deber de contribución” que el Proyecto establece en las disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio (art. 455).

De acuerdo con esta disposición,

“Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”.

Al mismo tiempo, cuando el Proyecto regula los efectos de las uniones convivenciales durante la vida en común, respecto de la contribución a los gastos económicos, el art. 520 remite a lo que dispone el art. 455, lo cual significa que se coloca en igual lugar al cónyuge o conviviente en lo que se refiere a las contribuciones a las cargas del hogar, o sea, las normas del régimen primario del matrimonio rigen también a las uniones convivenciales.⁽²⁷⁾ Es decir, los “deberes y derechos en relación a los hijos del otro devienen de dicha convivencia o comunidad de vida”.

(25) Ver ZANNONI, EDUARDO, *Derecho de Familia*, T. 1, Bs. As., Astrea, 1998, p. 551; BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y Leyes complementarias, comentado y anotado*, Bs. As., Astrea, 1986, comentario al art. 1275, p. 154; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *El régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Zavalia, 1971, p.180.

(26) En el derecho francés los tribunales han admitido que el sustento del hijo del cónyuge constituye una contribución a las cargas del matrimonio (art. 214 Código Civil francés) y según algunos autores, la solidaridad dispuesta por el art. 220 y ss. relativa a las necesidades del hogar y educación de los hijos concierne a todos los niños criados por la pareja y los acreedores pueden actuar contra el padre o madre afín para obtener el pago de la deuda, sea cual fuere el contratante.

(27) MEDINA, GRACIELA, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 297.

6.3 | Cese de la obligación alimentaria

De acuerdo con el texto proyectado, cesa este deber alimentario en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, la norma explicita que

“si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

Como se ha explicado, si el progenitor afín ha sido el sostén del hogar en el que el niño o adolescente vive, si tras la ruptura deja automáticamente de cubrir los gastos cotidianos, tal cambio repentino puede ser perjudicial para el hijo, por lo cual, en este supuesto de excepción, por aplicación del principio de solidaridad familiar, se fija una cuota alimentaria temporaria de acuerdo con las pautas establecidas.⁽²⁸⁾

En un cercano fallo jurisprudencial⁽²⁹⁾ se reflejan algunas ideas que fundamentan la reforma que se introduce en el artículo comentado.

El caso era el siguiente: una madre, en nombre y representación de sus dos hijas menores de edad promueve una demanda por alimentos contra el demandado, padre biológico de la primera y padre de crianza de la segunda niña. Relata que convivió con el demandado durante siete años, integrando el grupo familiar la hija de ambos y su hija habida de una unión anterior, quien recibió por parte del demandado el trato de hija. En el mes de septiembre de 2008 cesó la convivencia. En el fallo se destaca que actualmente no se puede hablar de “la familia” en forma singular, sino que

(28) PITRAU, OSVALDO F., “El derecho alimentario familiar en el Proyecto de Reforma”, *op. cit.*, p. 230.

(29) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, San Francisco, Córdoba, 13/12/2012, G. S. C. c/ L. D. s/ alimentos, Cita: MJ-JU-M-76432-AR / MJJ76432 | MJJ76432.

corresponde hablar de “las familias”, reconociendo derechos y protección jurídica a los distintos tipos de familias que encontramos en nuestra sociedad, señalándose “...que la aparición de estas estructuras familiares es acompañada por una terminología nueva, como 'padre afín' o 'padre de hecho' o 'padre social'”. En el caso, se acredita que la niña de la actora gozaba del trato de hija por parte del demandado durante los siete años que duró la convivencia y aún después que cesó la misma. Este trato afectivo se reflejó no sólo en la relación individual de la niña con el demandado dentro del seno familiar, sino también a nivel escolar (asistencia a actos, reuniones, provisión de elementos escolares, camperas y otros) y social (el hecho de compartir vacaciones, cumpleaños, viajes, fiestas, etc). El pronunciamiento recoge los dos aspectos o facetas del derecho a la identidad, a las que identifica como: “la faz estática”, referida al origen biológico de la persona (aquello que hace a su identificación, el nombre e imagen) y “la faz dinámica”, esencialmente cambiante, configurada por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural y vital de la personalidad que se trasunta en el exterior. Destaca que esta “identidad dinámica” de la niña de la actora, se encuentra tutelada por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, donde se reclama que el derecho a la “identidad” de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como dinámica. Bajo estas premisas, el pronunciamiento considera que el “mejor interés” de la niña “exige que se le reconozca el derecho a percibir alimentos del demandado tal como si se tratara de una hija biológica”. En consecuencia, se revocó la sentencia impugnada en cuanto resuelve no hacer lugar a la demanda de alimentos a favor de la menor y se fijó una suma idéntica de setecientos pesos (\$700) mensuales por cada una de las niñas nombradas, con efecto retroactivo a la fecha de interposición de la demanda de alimentos.

7 | Fin del recorrido

En nuestra travesía hemos abordado sólo los preceptos expresos referidos a los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines contenidos en el Capítulo 7, del Título VII sobre Responsabilidad parental, pero es necesario advertir que en otras normas que forman parte de los diferentes títulos y capítulos de la reforma al Código Civil, se inscriben otros derechos y deberes que pueden ser aplicados a los progenitores e hijos afines, cuyo análisis y comprensión excede los límites de este trabajo.

8 | Palabras finales

Cerramos este comentario con la convicción de que, sin perjuicio de dar a cada familia la más amplia libertad para que establezca sus pautas de organización, resulta un cambio trascendente para la sociedad, la decisión del Proyecto de abrir las puertas a la familia ensamblada, a partir de directivas que alientan la unidad y los lazos personales entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro. Junto al vigor con que la reforma promueve el derecho de ambos padres biológicos para que asuman en forma activa la función parental, no obstante el divorcio o separación, la Reforma proyectada construye, al mismo tiempo, un modelo legal destinado a estimular la cooperación y responsabilidades de los padres afines en el cuidado de los niños y adolescentes de su cónyuge o conviviente.

Dar un lugar específico al cónyuge o compañero /a del progenitor en la escena familiar no persigue reemplazar a alguno de los progenitores sino adicionar afectos o vínculos significativos en la vida de los niños. Esta perspectiva elimina la idea de que son intrusos y usurpadores de un rol, percepción que afecta su inclusión en las funciones de crianza.

El cónyuge o conviviente del progenitor cumple una función complementaria que no se define en términos absolutos pues dependerá de cada organización familiar y lo ideal es que sea co-construida por el grupo familiar sobre la base de la cooperación. Esto significa acuerdos en la propia pareja conviviente y concordancias con el progenitor que no convive con los hijos, sustrato esencial para la estabilidad de la familia ensamblada.

La consigna de la comunidad internacional: “erigir la democracia más pequeña en el corazón de la sociedad”, representa para las familias ensambladas —como para cualquier familia— el rechazo de toda ideología de exclusión. Creemos que es importante contribuir a una mejor formación de los niños y adolescentes, reconociendo ambos vínculos —el biológico y el social o afectivo—, cada uno con su singularidad propia.

El Proyecto estimula una revalorización del nexo socioafectivo que se manifiesta en el mayor reconocimiento del derecho a la identidad del niño y

adolescente en su faz dinámica,⁽³⁰⁾ como ya lo hemos destacado, que se proyecta en la familia ensamblada en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos propios del otro. Si en las primeras familias el lazo sanguíneo actúa como soporte invisible, el nexo que nace del vínculo biológico va dejando paso a la admisión de la labor de apoyo del progenitor afín en el cuidado del hijo del cónyuge o conviviente, atención de sus necesidades y problemas, obrando todo ello como elementos de cohesión.

La familia ensamblada, como cualquier otra forma de constelación familiar, debe tener como horizonte consolidar una estructura democrática basada en la búsqueda de concordancias para afrontar el cuidado de los niños y adolescentes, su orientación y contención. Este ideal implica: a) respetar el espacio personal de sus integrantes; b) considerar los derechos de los que componen los sistemas familiares precedentes y los acuerdos celebrados (alimentos-comunicación con el hijo); c) vigorizar el consenso para acordar reglas de convivencia; d) no discriminar entre unos hijos y los otros, o sea, afirmar el principio igualitario. En suma, consolidar los principios de participación, cooperación y solidaridad en el funcionamiento de estas familias.

Por último, si hablamos de democracia, un aspecto que no podemos silenciar es la necesidad de afirmar los derechos de los integrantes de la familia ensamblada a mantener una vida libre de agresiones de distinta naturaleza que puedan lesionar su bienestar y cuyo amparo se inscribe en las diversas leyes de protección de la violencia familiar.

(30) HERRERA, MARISA, *El derecho a la identidad en la adopción*, T. 1, Bs. As., Eudeba, 2008, p. 54 y ss.

La lógica de la legislación proyectada en materia de familia

Reformar para transformar⁽¹⁾

por **MARISA HERRERA**⁽²⁾

“lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya existe, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del ‘quien’, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal los incluya”. **Judith Butler**

I | De-construyendo y re-construyendo la noción de familia desde los derechos humanos. Por qué reformar

Hasta hace un tiempo, se creía que cuando se hablaba de derechos humanos se circunscribía a los delitos de lesa humanidad. Esta lucha —aún inconclusa— ha tenido un efecto expansivo del cual no se ha tomado total dimensión acerca de su magnitud. De ahí que el término “identidad” y su

.....

(1) Este trabajo tiene como antecedente directo dos trabajos, “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”, en *Revista UCES*, Bs. As., 2013, en prensa y “Familias e identidades: la lógica de los cambios”, en *Revista Desafíos*, año 3, n° 4, pp. 50/59.

(2) Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA/UP). Integrante del equipo de trabajo en temas de familia, infancia y adolescencia de la Comisión de Reforma del Código Civil creada por decreto 191/2011.

plural, “identidades”, encierre una multiplicidad de connotaciones; al igual que la familia o mejor dicho, las familias —también en plural— que no han estado exentas de este movimiento locuaz.

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad. Uno de ellos ha sido el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, desde 1994, han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico” le pertenece a uno de los recordados maestros del derecho constitucional que, no por casualidad, se interesó en los conflictos de familia, siendo esta frase el título de un trabajo doctrinario en el que se comenta una sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la normativa de la aquél entonces vigente ley de adopción 19.134, es decir, sobre una figura del derecho familiar.⁽³⁾

¿Cuáles han sido las reformas legislativas que han colocado en jaque el modelo tradicional de familia, aquél centrado en la familia matrimonial heterosexual cuya procreación deriva del acto sexual? ¿Qué sectores de la sociedad han acompañado estas transformaciones culturales y cuáles se han resistido? ¿Cuáles serían los principios constitucionales-convencionales mínimos sobre los cuales debería edificarse una nueva legislación civil focalizada en las relaciones de familia?

En los últimos años —no tantos, sólo tres años—, la legislación nacional ha sufrido modificaciones sustanciales. Sólo basta con citar la llamada “Ley de Matrimonio Igualitario”, que extiende una figura tan tradicional y central del derecho de familia clásico como es el matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes (ley 26.618 del 2010); línea legislativa en expansión a la luz de lo que ha acontecido en el primer semestre del 2013, en el que no sólo Uru-

(3) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 997-F-145. Una síntesis sobre los principales aportes de este recordado profesor a la obligada perspectiva constitucional del derecho de familia se puede observar en KRASNOW, ADRIANA, “El derecho de familia y el Derecho Constitucional. Los aportes del prof. Germán J. Bidart Campos desde su disciplina de pertenencia”, en *Revista Investigación y Docencia*, n° 40, [en línea], http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd40_16.pdf compulsada el 22/04/2013.

guay, Nueva Zelanda y Francia han sancionado sus leyes al respecto, sino también lo han hecho algunos estados de México y también en Brasil, por la admisión judicial de aplicar de manera analógica la figura de la conversión de las uniones estables, lo que habría presionado al Consejo Nacional de Justicia para dictar la resolución 175 del 14/05/2013, que reconoce de manera expresa dicha conversión. Se trata de una realidad jurídica que se complementa con la Ley de Identidad de Género (ley 26.743, del 2012), que extiende el reconocimiento a otra minoría social como lo son los transexuales —ambas normativas, auspiciadas por varios precedentes jurisprudenciales, tales como ciertas resoluciones y decretos (entre ellos, los 773 y 1006 del 2012)—, por citar determinados hitos legales que han puesto a la Argentina, desde el punto de vista legal-comparativo, en un lugar de privilegio o de “vanguardia” en la búsqueda por ampliar el reconocimiento de formas de vida y, junto a ello, de modelos de organización familiar. Cabe citar, de manera más reciente, la Ley de Cobertura Médica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que beneficia a toda persona mayor de edad con total independencia del estado civil o de la orientación sexual.

Desde la perspectiva de derechos humanos, y teniendo el derecho a la identidad un peso muy fuerte debido a lo acontecido durante la última dictadura militar, hablar de familias en plural significa, a la vez, regular y reconocer diferentes “identidades” (también en plural). Éste es un adecuado termómetro para medir el grado de compatibilidad o coherencia entre la legislación civil y la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, o en otras palabras, de evaluar si, efectivamente, un determinado Código Civil cumple con la obligada “constitucionalización del derecho privado”, una manda a la hora de edificar una nueva legislación civil.

Nuestro Código Civil actual data de 1871; y ha tenido algunas modificaciones y *aggiornamientos* parciales. Uno de las modificaciones más relevantes fue la que introdujo la ley 17.711 durante el régimen de Onganía en 1968, así como otras reformas sustanciales en instituciones puntuales como patria potestad y filiación (ley 23.264 en 1985), matrimonio y divorcio (ley 23.515 en 1987), adopción y su incorporación al Código Civil al sancionarse la ley 24.779 en 1997, por citar verdaderos hitos normativos en el campo del derecho de familia. Más allá de estos cambios, lo cierto es que el Código Civil no ha observado una reforma integral. ¿Es posible que el

texto legal que rige la vida diaria de las personas se mantenga, al menos en su estructura o columna vertebral, habiendo corrido tanta agua debajo del puente en el campo social, siendo éstas —las personas— las principales destinatarias o usuarios de las normas?

Centrados en las relaciones de familia, es sabido que las dinámicas familiares no son las mismas, observan otras morfologías y otras improntas. Por citar un dato de la realidad ineludible: la gente, gracias al desarrollo y al avance de la ciencia médica, tiene una perspectiva de vida más longeva y en mejores condiciones de salud. Por lo tanto, la pareja que uno conformó a los treinta o cuarenta años puede no ser el compañero que siga eligiendo a los cincuenta o sesenta y aún le quedan varios años de vida. Esto nos obliga a pensar no en “familia” en singular, sino más en la idea de “trayectorias familiares”, ya que uno a lo largo de la vida puede pasar por más de una forma familiar. Es decir, habría un derecho de la persona a vivir o formar una familia, más que de un derecho de familia como un ente abstracto y diferenciado de las personas que lo integran con derechos propios, que pueden o no coincidir entre todos sus integrantes. ¿Hay una protección de “la familia” o, en definitiva, se pretende proteger a las personas en tanto miembros de un grupo social que se lo conoce como familia?

Para una clara demostración de estos cambios y la pluralidad que muestra la escena familiar de hoy, cabe traer a colación el último libro de los alemanes Ulrich Beck y su esposa, Elisabeth Beck- Gernsheim, quienes analizan lo que ellos denominan “amor a distancia”, que no es otra cosa que el reconocimiento de:

“Las distintas realidades que hemos agrupado bajo el concepto de ‘familias globales’, se trate de parejas binacionales, amor a distancia, trabajadoras domésticas emigrantes, turismo reproductivo u otras nuevas formas de amor y familia, tienen un rasgo en común: no podemos comprenderlas ni desde una perspectiva nacional ni desde una perspectiva universalista, sino solo desde una perspectiva cosmopolita”.⁽⁴⁾

(4) BECK, ULRICH y BECK- GERNSHEIM, ELISABETH, *Amor a distancia. Nuevas formas de vida en la era global*, Bs. As., Paidós Contexto, 2013, p. 95.

¿El Código Civil vigente está preparado para aceptar o al menos, brindar soluciones concretas a esta realidad social o al menos, a varias de ellas? Si se tiene la sensación —y certeza— de que la legislación civil actual no está a la altura de la diversidad familiar de hoy, qué se puede esperar para dentro de unos años, cuando los cambios se aceleran por el propio impulso de un desarrollo que no da muestras de detenerse —y eso no tiene, de por sí, una connotación negativa sino, por el contrario de mayor complejidad y desafío—.

Esta incompatibilidad evidente entre derecho (Código Civil) y sociedad es una de las tantas preocupaciones sinceras puestas de resalto en el decreto 191/2011, que crea la comisión para reformar de manera integral el Código Civil y unificarlo, de paso, con el Código de Comercio. Así, en este instrumento no sólo se explicitan las razones por las cuales se considera necesaria una reforma integral, sino también se señalan los pilares sobre los cuales se edifica —de manera obligada— esta nueva normativa. En este sentido, se dijo

“Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos”.

¿Acaso es posible sostener que la Ley de Matrimonio Igualitario responde a la misma lógica interna que campea el Código Civil aún vigente? No hace falta ir a un ejemplo que para algunos resulta aún un tanto extremo u hostil como lo es la igualdad en razón de la orientación sexual. Piénsese en la ley 26.061 de Protección integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que promueve el principio de autonomía progresiva, es decir, acepta que, como acontece en la realidad, los niños a mayor grado de madurez pueden ejercer por sí determinados hechos o actos jurídicos —en especial, aquéllos relacionados con sus derechos personalísimos como lo son todos aquellos relativos al cuidado del propio cuerpo—, en el marco de un Código Civil que, de manera rígida, recepta un régimen de capacidad/incapacidad civil, en el que las personas menores de edad son

considerados “incapaces” y en el mejor de los casos, menores adultos (de 14 años en adelante) con severas limitaciones a la capacidad de ejercicio.⁽⁵⁾

Claro está, entonces, por qué cambiar. Ahora bien, también se puso de resalto “Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas” y que “En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”. Esta expresa mención al llamado “bloque de la constitucionalidad federal”, con el peso o relevancia que ostenta sobre todo el ordenamiento jurídico *infra*, no sólo es mencionado para señalar cuál ha sido el principal motor de los cambios acontecidos en el derecho nacional, sino también para marcar el punto de partida —obligado, por cierto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna— desde el cual elaborar el texto legal en cuestión. Esto también es explicitado en los Fundamentos del Anteproyecto, en ocasión de referirse a los “Aspectos valorativos”: se consigna como segundo principio la “constitucionalización del derecho privado”, afirmándose 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 receptor la constitucionalización del derecho

(5) Este tema ha sido analizado con mayor profundidad en varios trabajos anteriores, entre otros, HERRERA, MARISA y MINYERSKY, NELLY, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Bs. As., Fundación Sur- Editores del Puerto 2006, pp. 43/70; HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061”, en Lily Flah (dir.), Sandra Fodor y Mabel Del Arbol (coords.), *Los Desafíos del derecho de Familia en el siglo XXI. Derechos humanos. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas Infanto- Juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Bs. As., Ed. Errepar, 2011, pp. 693/720; HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *Revista de Daños*, 2011-3, Santa Fe, RubinzalCulzoni, pp. 535/587. Y de manera más reciente, SANTI, MARIANA, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 5, junio, 2013, p. 173 y ss.

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. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Y, junto a éste y por efecto derivativo, otros principios, como el de igualdad y pluralidad, se traducen —en palabras de los Fundamentos— en la idea de que sea un Código para “una sociedad multicultural” —noción que focaliza en las grandes transformaciones que se presentan en el campo de la familia (como se verá más adelante, varias de las modificaciones no son otra cosas que reales “actualizaciones”)—. En tal sentido, se destaca que:

“En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.⁽⁶⁾

Nadie duda que el Código Civil debe ser modificado; de hecho, se lo ha intentado en varias oportunidades sin éxito. De este modo, el interrogante central no es si reformar o no, sino cómo y en qué dirección hacerlo.

(6) LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley* 2012-C, p. 581.

Para acercarnos a responder —al menos, en parte— esta pregunta, se indaga sobre uno de los campos que más debate ha generado en los medios de comunicación, en la comunidad académica y, con menor intensidad, en la sociedad en general: los cambios que propone el Proyecto en el ámbito de las familias y sobre las identidades de los integrantes que las conforman, siempre en plural para que sea una normativa que acapare la mayor cantidad de formas de vivir en familia y, con ello, proteja y respete la mayor cantidad de personas en la elección de su vida, intimidad o identidad familiar.

¿A qué se ha debido tanto revuelo —mayormente en la academia⁽⁷⁾ y ciertos actores sociales, como la Iglesia Católica— sobre los cambios proyectados en materia de familia, infancia y adolescencia? En primer lugar, es cierto que las principales transformaciones sociales/culturales se hallan en la regulación del Libro II referido a las “Relaciones de Familia”. Aquí no se sigue, como sí acontece en parte del resto del articulado proyectado, el último intento reformista acontecido en 1998, salvo básicamente, en el régimen de bienes en el matrimonio. ¿Por qué? Desde la perspectiva de los derechos humanos, la idea de pluralidad está marcada a fuego, la cual, entrecruzada con el principio de igualdad y no discriminación, significa que toda persona —mientras no afecte derechos de terceros— puede llevar adelante el proyecto de vida íntima y familiar que desee (conf. art. 19 CN). Y, para tal fin, no basta que el Estado asuma obligaciones negativas o de no intromisión, sino también acciones positivas; es decir, de reconocimiento, aceptación y promoción de que cada uno pueda, efectivamente, desarrollar la forma de organización familiar que quiera, sabiendo que ella estará protegida y contenida en la ley, como lo ha hecho el Código Civil desde casi sus comienzos con el matrimonio civil heterosexual al sancionar la ley 2393 en 1888. Sucede que, precisamente, a la luz del mencionado art. 19 de la Carta Magna,

(7) Ver, entre otros, BORDA (h.), GUILLERMO J., “Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial unificado (entre la ideología del reformador y la tradición de los argentinos)”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012 p. 32 y ss; BASSET, ÚRSULA, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley 2012-E*, 912; LÓPEZ DEL CARRIL, LUIS MARÍA, “El divorcio en el proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley 2012-E*, 136; GHERSI, CARLOS A., “Algunas cuestiones lingüísticas que tienen que ver con el contenido del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial”, en *MJ-DOC-6149-AR MJD 6149*; RIVERA, JULIO, “La proyectada recodificación del derecho de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012, p. 3 y ss.; BORDA, ALEJANDRO, “Matrimonio y Familia”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2012-E, 1345; SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, op. cit., p. 90 y ss.

de la interpretación dinámica que se ha desarrollado en torno a esta normativa y del correspondiente derecho a la libertad por parte de la doctrina y jurisprudencia más “progresista”, se logró extender esa contención familiar centrada o focalizada sólo en la familia matrimonial heterosexual con hijos nacidos del acto sexual, a otros proyectos familiares; incluso admitiéndose, sin ninguna connotación peyorativa, el retraso en la conformación de una pareja y en la planificación de los hijos, debido al avance de los derechos sexuales y reproductivos, y a la inserción de la mujer en el mercado laboral, por destacar algunas de las razones de estos cambios sociales.

Ésta es, de manera harto sintética, la lógica que está detrás o por delante de la reforma en materia de familia y que, siendo ostensiblemente visible, facilita la comprensión de las principales modificaciones —tanto en las instituciones o figuras nuevas como en las tradicionales, las que claramente se muestran remozadas—.

En suma, para cerrar este primer apartado introductorio, ninguna frase es más precisa que la esgrimida por un profesor francés de derecho internacional René J. Dupuyen en su obra *La emergencia de la Humanidad*, quien ha afirmado: “Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar”. Es el campo del derecho de familia el más hábil y, a la vez, sensible para medir —a modo de termómetro— cuán inclusivos o cuánta inclusión (como sociedad, como académicos, como personas) somos capaces de aceptar.

2 | Lo nuevo

2.1 | Algunas consideraciones generales

A fin de lograr una lectura más organizada y, en lo posible, didáctica, se analizan de manera sintética los principales cambios que propone el Proyecto en el Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de familia”, desde dos ejes bien diferenciados: aquellas novedades o incorporaciones que se introducen en la legislación civil y aquellas modificaciones a instituciones que ya están presentes en el Código Civil pero que muestran una fisonomía bien distinta de la legislación aún vigente.

Cabe destacar que, si bien las incorporaciones a la legislación civil no son temáticas del todo novedosas —ya sea porque la jurisprudencia ha debido incursionar en algunas de ellas (por ejemplo, la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en la que los repertorios jurisprudenciales muestran, cada vez con mayor asiduidad, precedentes en los cuales se resuelve la cobertura médica de este tipo de técnicas,⁽⁸⁾ a tal punto que se ha logrado una reciente ley nacional de cobertura que está totalmente a tono con la legislación civil proyectada);⁽⁹⁾ o porque determinadas leyes especiales nacionales o locales regulan algunos aspectos —como acontece con las uniones de hecho (en el Proyecto, denominadas uniones convivenciales)—, cada vez observan un menor silencio jurídico por interés legal o jurisprudencial.

Por otra parte, y a modo de aclaración, se destaca que hay otra cantidad de incorporaciones y/o modificaciones que se introducen por fuera del Libro Segundo y que impactan de manera directa en la normativa sobre las relaciones de familia, como todo lo relativo a la persona humana, la distinción jurídica entre niños y adolescentes (art. 25), el principio de autonomía progresiva (art. 26),⁽¹⁰⁾ el tratamiento legal de las personas con padecimientos mentales (arts. 31/50), algunas cuestiones referidas al derecho sucesorio y a la responsabilidad civil, por citar algunas. Todas ellas no son abordadas en esta oportunidad por varias razones —principalmente, de carácter espacial—, pero es dable tener en cuenta que desde una ne-

(8) Como síntesis de estos avances, nos remitimos al análisis y compulsas jurisprudencial realizada en HERRERA, MARISA; DE LA TORRE, NATALIA y BLADILLO, AGUSTINA, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, en Suplemento Jurisprudencia Argentina, JA 2013-II 2013/05/01, p. 13 y ss. y Abeledo Perrot n°: AP/DOC/521/2013.

(9) Esta afirmación se puede corroborar en varios pasajes de esta nueva normativa. Así, el art. 2, referido a la definición, expresa en su parte pertinente que: “Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones”. En consonancia con ello, el art. 8 relativo a la cobertura, explicita que las diferentes técnicas pueden realizarse “con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”. Y de manera amplia, el beneficiario de la cobertura es “toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

(10) Para comprender los principales cambios que se derivan de esta normativa referida al ejercicio de derechos personalísimos de niños y adolescentes, nos remitimos al trabajo de WIERZBA, SANDRA, “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado*, año I, octubre, n° 2, Infojus, 2012, p. 119 y ss.

cesaria visión sistémica, todas ellas —con mayor o menor entidad— han incidido para que la fisionomía del Libro Segundo sea tan diferente al texto legal actual como incluso al proyectado de 1998.

2.2 | Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

2.2.1. Una tercera fuente filial

El principio de realidad, uno de los pilares sobre los cuales se edifica la reforma del Código Civil, nos muestra la cantidad de niños que nacen gracias al avance de la ciencia médica, es decir, al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este escenario fue puesto de resalto con mayor énfasis tras la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario y los conflictos generados por la determinación filial de los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres.⁽¹¹⁾ ¿Cómo fueron concebidos estos niños? La gran mayoría nacieron por el uso de las TRHA, con semen de un tercero y con óvulos de la mujer gestante o de su pareja del mismo sexo. En este contexto, es dable afirmar que las TRHA son un modo o fuente generadora para que muchas personas —parejas de igual o diverso sexo como mujeres solas— accedan a la maternidad/paternidad y, así, que varios niños puedan nacer, crecer y desarrollarse en este mundo. ¿Sería dable aseverar *a priori* y en abstracto que esta posibilidad que brinda la ciencia puede violar el principio del interés superior del niño?

El régimen actual en materia de filiación tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor; todo lo contrario, es determinante. Así, las normas que regulan la filiación “biológica o por na-

(11) Ver, entre tantos otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *Revista Jurídica La Ley 2010-E*, p. 977; LLOVERAS, NORA; MIGNON, MARÍA BELÉN, “La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil”, en *SJA 17/08/2011*; KRASNOW, ADRIANA N., “La filiación en el hoy y en el mañana”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs.As., AbeledoPerrot, 56/155, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2776/2012; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, en *Revista Jurídica La Ley 2012-B*, p. 1251.

turalidad” no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad —razón por la cual deban ser criados por una familia distinta a la de origen—; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas particularidades? En este contexto, cabría preguntarse cuántas diferencias deben existir entre las TRHA, la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva para que amerite o justifique una regulación de la primera como tercer tipo filial autónomo.

En primer lugar, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía. Por ejemplo, una mujer está casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear y deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada “voluntad procreacional”, es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Éste es el elemento o eje central cuando se trata de TRHA. Los integrantes de este matrimonio serán los padres; son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo.

Por otro lado, las TRHA permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.); por esta razón, el Proyecto exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético; es evidente que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza. Éste fue, precisamente, uno de los tantos conflictos que involucran a las TRHA, que ha llegado a los estrados judiciales y que, en definitiva, deberá resolver la Corte Federal al concederse el recurso extraordinario interpuesto ante la decisión de la Alzada que ordenó al centro de salud transferir los

embriones a pesar de la negativa del ex marido.⁽¹²⁾ Por otra parte, cabe destacar que esta particularidad también está presente en la Ley Nacional de Cobertura Médica, sancionada en junio del 2013, que en la última parte del art. 7 —referido a los beneficiarios— dispone: “El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Se trata de la misma línea legislativa que adopta la legislación civil proyectada, siendo esta nueva normativa nacional otra razón más, y de peso, para reafirmar la pertinencia de lo dispuesto en el art. 560, que establece: “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. ¿Acaso ya no sería dable afirmar que una gran mayoría de la Cámara de Diputados se ha expedido a favor de esta decisión legislativa; con mayor precisión, 203 a favor, 10 abstenciones y uno en contra?

Si las TRHA han sido uno de los temas más sensibles que el Proyecto de Reforma ha presentado, algunos conflictos en particular produjeron una doble sensibilidad o consideración especial. Nos referimos a la cuestión del embrión no implantado. Si bien es un tema que amerita un abordaje propio, a los fines de acercarnos al debate, en el próximo apartado introduciremos algunas consideraciones básicas y centrales para comprender con mayor precisión los cambios que se proponen en la legislación civil proyectada.

2.2.2. El comienzo de la existencia de las persona humana

Uno de los temas más álgidos, relacionado en forma directa con las TRHA, es el relativo al comienzo de la persona humana. ¿Qué se dice al respecto en el Proyecto de reforma? Que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado” (art. 19).

.....

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 13/09/2011, “P., A. c. S., A. C. s/ medidas precautorias”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2011-E, 435. Cabe señalar que a pesar de encontrarse apelada la resolución de la Alzada, el centro médico procedió a transferir los cinco embriones, los cuales no anidaron o, al menos, no siguieron su curso. ¿Sería un caso cuya resolución habría devenido abstracta o involucra un tema de interés social para evitar este tipo de planteos? ¿Debería, entonces, la Corte Federal seguir los lineamientos adoptados en el resonado caso “F.A.L” del 13/03/2012 sobre el aborto no punible?

Como se puede observar, a los fines de mantener la tradición jurídica —y en atención a la sensibilidad manifestada— el Proyecto mantiene el principio vigente por el cual la persona comienza con “la concepción en el seno materno”. Si bien el término “concepción” no sería el más preciso sino el de “anidación”, este último no tiene arraigo en el ámbito jurídico, tanto el nacional como el internacional. Cabe recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 4.1 referido al derecho a la vida, expresa que este derecho “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Por lo tanto, se mantiene el término concepción a pesar de que técnicamente, sea más preciso hablar de anidación.

¿Cuáles son entonces, los cambios que introduce la reforma? Son dos: 1) regula cuándo comienza la existencia de la persona humana en los supuestos de TRHA y 2) asevera que el embrión no implantado no es persona, sino que es objeto de protección en una ley especial; así como que tampoco se trata de una cosa ya que si fuera así, debería estar regulado en el Código Civil.

Sobre el primer punto, es lógico que si se regulan las TRHA como una tercera fuente filial, se deba admitir que ya desde el principio ambas fuentes filiales ostentan ciertas diferencias. Si se toma la noción de concepción como sinónimo de anidación, cuando se trata de TRHA esto acontece después de la transferencia embrionaria o del material genético que se implanta en el cuerpo de la mujer. Es aquí cuando hay alguna posibilidad de que la gestación siga su curso (aunque no es del todo certera, ya que aunque se haya implantado puede no proseguir el desarrollo como también acontece en los casos de filiación por naturaleza) hasta el nacimiento, momento en el que se consolidan los derechos y deberes adquiridos durante ese período. ¿En que reside aquí la diferencia? Si bien en ambos casos se toma como elemento definitorio la idea de anidación, esto acontece con la concepción cuando se trata de filiación biológica y tras la implantación en el útero de la persona en las TRHA. Aquí se utiliza de manera más amplia la noción de persona y no “seno materno” o “mujer”, tal como lo hace la regulación proyectada para estar en total consonancia con la ley 26.743, normativa que no estaba vigente al redactarse el Anteproyecto.⁽¹³⁾

(13) Esta observación ha sido esgrimida por la organización no gubernamental “100 por ciento diversidad” en su exposición en una de las tantas audiencias públicas realizadas

Sobre el segundo aspecto que incorpora el nuevo Código Civil, es decir, respecto al embrión no implantado, negarle el carácter de persona no quiere decir que no sean pasibles de una debida protección. El Código Civil no es el ámbito para regular qué tipo de protección debe dársele a los embriones crioconservados. Se trata de una cuestión compleja sobre la cual no existe consenso, conectada al desarrollo y al avance científico; por eso, todas las legislaciones extranjeras que regulan el uso de las TRHA lo hacen a través de leyes especiales, ya que se trata de un tema "bioético" con diferentes aristas a ser reguladas (acceso a las técnicas, edad máxima, control de los centros de salud, cantidad máxima de transferencias por vez, multas o sanciones administrativas por incumplimientos, etc.) que exceden con creces los objetivos, finalidades y competencias de un Código Civil. Es más, precisamente por referirse a una cuestión que está en total y constante desarrollo y avance, hay legislaciones que se imponen ser revisadas periódicamente para estar siempre actualizadas.

La diferente regulación entre los embriones crioconservados y los implantados en la persona es de toda lógica. Los segundos tienen viabilidad para desarrollarse; los primeros, sin tal transferencia, no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia. Por ello no se incurre en ningún trato discriminatorio al regular diferente lo que es, desde el punto de vista objetivo, distinto. En este sentido, cabe recordar la doctrina consolidada de la Corte Suprema de la Nación, en la que se pone de resalto que no se viola el principio de igualdad y no discriminación cuando se regula de manera distinta situaciones disímiles.⁽¹⁴⁾

.....

en el Congreso de la Nación durante octubre del 2012, la cual es retomada por Federico Notrica en su ponencia presentada en las *II Jornadas Tandilenses de Derecho de Familia*, realizadas en el Teatro del Fuerte en la ciudad de Tandil los días 25 y 26 de abril de 2013, y que quien suscribe adhiere, ya que de conformidad con lo previsto en la ley de identidad de género, una persona puede cambiar del sexo femenino al masculino sin haberse sometido previamente a una intervención de reasignación de sexo y, por ende, ser un hombre y poder tener un hijo. En este supuesto, excepcional pero fáctica y jurídicamente posible, el niño tendría padre y no madre, es decir, la concepción se produciría en el útero de una persona de sexo masculino.

(14) "Que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que 'el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (González, Joaquín V, 'Manual de la Constitución Argentina', Estrada Editores 1898, N° 107, p. 126)'. No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justifi-

Por otro lado, jurídicamente, la concepción genera una serie de consecuencias relevantes —como el cómputo de los plazos a los fines del derecho sucesorio, el derecho a solicitar alimentos, etc.—, impensables, como regla, respecto de embriones crioconservados en un laboratorio.

Todos estos argumentos y tantos otros han sido esgrimidos por la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos —la Corte Interamericana de Derechos humanos (en adelante Corte IDH)— al resolver el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” en fecha 28/11/2012, siendo esta jurisprudencia de aplicación obligatoria en el ámbito nacional so pena de incurrirse en responsabilidad internacional.⁽¹⁵⁾ De este modo, y como se verá de manera sintética, el proyectado art. 19 no podría haberse redactado de otro modo.

Dada la importancia de lo que aquí se decide, cabe compartir un resumen de la plataforma fáctica y jurídica del caso.

Veamos: Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación *in vitro*. En fecha 15/03/2000, la Sala Constitucional de este país declaró la inconstitucionalidad parcial del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación *in vitro* trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso a dicho tratamiento y, por lo tanto, entendiéndolo que ello constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar (art. 11 de la

.....
cadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4 Capítulo IV, párrafos 56 a 58)” (CSJN, 01/11/1999, “D. de P. V., A. c. O., C. H. ”, LA LEY 1999-F, 671, considerando 13). Cabe destacar la siguiente paradoja: esta afirmación sobre el principio de igualdad y no discriminación es extraído de un precedente que, revisado a la luz del desarrollo y consolidación de la perspectiva obligada de derechos humanos, conduce a que aquello que allí se resolvió por mayoría, hoy sea visto como un claro tratamiento discriminatorio, al que el Proyecto de reforma pone fin, al no diferenciar en materia de legitimación activa si se trata de una filiación matrimonial o extramatrimonial.

(15) Para profundizar sobre esta decisión ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; LAMM, ELEONORA y HERRERA, MARISA, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en *Revista Jurídica La Ley*, 28/12/2012, p. 1 y ss.

Convención Americana) al derecho a conformar una familia (art. 17), y una violación al derecho de igualdad (art. 24).

Para decidir la contienda, la Corte indagó sobre el sentido de ciertos términos: "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", a la luz de diferentes interpretaciones: a) el sentido corriente de los términos; b) sistemática e histórica; c) evolutiva, y d) según el objeto y fin del tratado.

En este contexto, la Corte admite que la definición de "concepción" en la época en que se redactó la Convención Americana no preveía lo que la ciencia luego hizo posible: que la fertilización suceda fuera del cuerpo de la persona. Que, en el marco científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término "concepción": existe una corriente que entiende por "concepción" el momento del encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide, y otra que entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, la misma que sigue el artículo proyectado.

Por su parte, y tras analizar detenidamente los cuatro sistemas de derechos humanos: 1) el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); 2) el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); 3) el europeo y 4) el africano; concluye que de ninguno de estos sistemas se puede inferir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención. A la misma interpretación arriba al profundizar sobre las conclusiones de los trabajos preparatorios y a la luz de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Como fiel reflejo de la noción de evolución, merecen destacarse dos consideraciones que esgrime la Corte IDH: 1) la tendencia en el derecho comparado no permite afirmar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida ni que titularice un derecho a la vida y 2) que si bien la amplia mayoría de los Estados Parte de la Convención Americana no regula la cuestión, lo cierto es que en sus territorios permiten la FIV; por lo tanto, se presume que éstos interpretan el art. 4.1 de la Convención de modo tal de no obstaculizar esta práctica médica, siendo que permite a muchas personas alcanzar la paternidad/maternidad.

En lo relativo a la alusión “en general” que hace el mencionado art. 4.1, la Corte afirma que, precisamente debido a esta expresión, se puede concluir que el objeto y fin de la Convención no es una prohibición o protección absoluta del embrión que anule otros derechos; de lo contrario, no contendría esta especie de válvula de escape, excepción o flexibilidad.

Por último, la Corte esgrime uno de los argumentos más fuertes que se suele exponer respecto de la pérdida voluntaria y consciente de embriones que se deriva de la fertilización o fecundación *in vitro* (FIV): toda vez que, de las pruebas rendidas en el proceso, surge que dicho descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el Tribunal entiende desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente, incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

En definitiva, para la CIDH la existencia de la persona humana, cuando se trata de TRHA, comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana. Esta es la postura que se sigue en el art. 19 proyectado —el que, por lo tanto, pasa el “test de convencionalidad”—. Cabe reiterar que sus sentencias forman parte de nuestro “bloque de la constitucionalidad federal” y que, por ende, son de aplicación obligatoria por la legislación infraconstitucional como lo es el Código Civil.

Esta lectura obligatoria que propone la CIDH ha empezado a hacerse sentir en la jurisprudencia nacional; básicamente, en los conflictos de cobertura social de los tratamientos de TRHA. Así, cabe traer a colación el fallo de la Cámara Federal Civil y Comercial de fecha 22/03/2013,⁽¹⁶⁾ que obligó a una obra social a cubrir el tratamiento médico de fertilización *in vitro* por obstrucción de las trompas de falopio argumentado que:

“...no es posible soslayar en la litis, la especial significación que adquiere la sentencia recientemente dictada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el caso “Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica”, el 28 de noviembre de 2012, en la cual el mencionado Tribunal declaró a Costa Rica

(16) Cám. Fed. Civ. y Com, "A. P. K. y otro c/ Obra Social de la Policía Federal Argentina y otro s/ sumarísimo", 22/03/2013, en *La Ley online*, AR/JUR/6000/2013.

responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana (...) la Corte recordó que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; y que conforme lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Pues como lo ha señalado el Comité de Derechos humanos, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva”.

Tal es la incidencia del caso del Tribunal Interamericano en el ámbito nacional, que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha debido cambiar su postura reticente a la cobertura médica de los tratamientos de TRHA. Así, en un precedente de fecha 19/03/2013,⁽¹⁷⁾ en el que también una pareja heterosexual solicita cobertura médica para someterse a la fertilización *in vitro* para poder ser padres, se concede el recurso extraordinario a la sentencia que negaba tal prestación de fecha 16/10/2012, al considerar que:

“la amparista logra perfilar, prima facie, una cuestión federal que justifica la apertura de la instancia extraordinaria, atento la incidencia que ostenta para el sub lite el hecho de que con posterioridad a la sentencia de esta Corte y al momento de resolver sobre la admisibilidad del presente remedio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se haya expedido recientemente

.....

(17) CS, Santa Fe, 19/03/2013, Vega, C. G. c/ IAPOS —amparo s/ recurso de inconstitucionalidad—, N° expediente: 283 del 2011, inédito.

(Artavia Murillo, del 28/11/2012) sobre la técnica de fertilización asistida cuestionada y los derechos que se encuentran controvertidos en la causa, por lo que resulta necesario constatar si la decisión de la mayoría de esta Corte es compatible con los nuevos lineamientos y estándares internacionales y constitucionales que surgen del mencionado precedente y en qué medida puede ser trasladado al caso (...) En la causa 'Artavia Murillo' la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar (cons. 272), concluyéndose que el Estado de Costa Rica —cuya Sala Constitucional había prohibido la técnica de fertilización in vitro— había violado los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (cons. 317). Por ende, siendo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos constituye una insoslayable pauta de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos humanos y atento a que la resolución de esta Corte juzgando decisiva la ausencia de regulación específica sobre el tema para denegar los derechos invocados resultaría contraria a la inteligencia expuesta por aquel Órgano, se impone la concesión del remedio federal interpuesto”.

Como se puede observar, el resonado caso “Artavia Murillo” no sólo defiende con sólidos argumentos la regulación civil proyectada, sino que aún sin nuevo texto, ya se está aplicando para dirimir los conflictos que se suscitan por fuerza de la realidad. Tan es así que la ley de cobertura médica recientemente sancionada también alude de manera expresa tanto a gametos como a embriones (art. 4), por lo cual la propia legislación nacional, y bien actual, admite la utilización de embriones en las TRHA, a los que no le otorga carácter de persona —de lo contrario debería prohibirlos para evitar la supuesta “manipulación de personas”—.

2.2.3. La gestación por sustitución como una TRHA especial

Ésta es una de las incorporaciones que propone el Anteproyecto que más críticas ha generado, a tal punto que es muy posible que sea quitada del texto que definitivamente resulte sancionado. ¿Cuál ha sido la razón de

ser de esta decisión activa que asume el Proyecto? Nuevamente, aquí cabe apelar al principio de realidad.

Prohibir, silenciar o regular. Éstas son las tres opciones de técnica legislativa con la que se enfrentaban los redactores del Proyecto y el equipo que trabajó esta temática. Se decidió por la última, **regular**, al entender que éste es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer gestee para otro/s. Las otras dos opciones, el silencio de la ley o la prohibición expresa, claramente, no pueden evitar que ello suceda. Y esto es lo que acontece hoy. Nos encontramos con planteos judiciales de casos de gestación realizados tanto en el país como en el extranjero, en donde todas las partes implicadas quedan en una situación de incertidumbre jurídica que la Justicia debe resolver apelando a diversos argumentos —guiados por algunos prejuicios y varios desconocimientos, centrados en el principio o eje rector en materia de infancia, como lo es el interés superior—. Esto produce un manto de incertidumbre y oscurantismo que termina por generar más conflictos y contradicciones, que se evitarían mediante una regulación precisa. Este contexto es proclive a los abusos de todos los intervinientes y, en especial, a la violación del niño que efectivamente nace de un vientre de una persona diferente a quienes tienen la voluntad de ser padres, situación que puede verse disminuida considerablemente si se cuenta con una normativa que brinde reglas claras y previsibles. ¿Qué espacio de escucha tienen hoy las mujeres que se prestan a gestar para otros? ¿En qué contextos toman la decisión de llevar adelante un embarazo? ¿Saben lo que implica gestar para otros? ¿Qué incidencia tiene en la interacción gestante-comitentes, la carencia de una regulación específica sobre el tema y la necesidad de apelar a ciertas maniobras legales y otras ilegales para que el niño, cuando nazca, pueda quedarse con quienes quieren ser padres? En la práctica, como el principio rector para la determinación de la maternidad es que la madre jurídica es aquella que da a luz, se suele incurrir en un delito —tal como la inscripción como propio de un hijo ajeno— o a otras vías legales, pero bien complejas, como ha acontecido en la jurisprudencia. Nos referimos a un caso en el que una mujer es inseminada con embriones formados con material genético de un matrimonio. La mujer da a luz y la maternidad queda determinada con la gestante. Ni bien le dan el alta, ella le entrega el niño al matrimonio, ya que no sólo no quiere saber nada con ese niño sino que, además, no la une a él ningún lazo genético. Al tiempo, la mujer

del matrimonio inicia una acción tendiente a impugnar la maternidad de quien dio a luz, solicitándose que se haga un estudio de ADN para mostrar que el niño no tiene ningún vínculo genético con la gestante sino con ella y su marido. Además, alega que, desde que nació, el niño vive con ellos y que su interés reside en que siga siendo criado por el matrimonio con quien lo unen lazos genéticos, afectivos. Señala, asimismo, que ella y su marido son quienes tuvieron la “voluntad procreacional”. ¿Qué decidir? Si bien la Justicia aún no se ha expedido sobre el fondo, lo cierto que el niño hace ya casi tres años que sigue viviendo y reafirmando su identidad con el matrimonio que siempre ha exteriorizado su voluntad de ser padres y que a la vez, ha aportado su material genético. Es decir, confluyen en ellos la identidad estática como dinámica.

La regulación que se proyecta reconoce la complejidad que esta técnica encierra, por ello es el único supuesto de TRHA que exige, en forma previa, una autorización judicial que la convalide. O sea, que ningún médico puede proceder a llevar adelante esta práctica sin una decisión judicial que lo autorice tras haber evaluado varias cuestiones de manera previa. Será el juez, junto al equipo interdisciplinario, el que deberá apreciar si se cumplen determinados requisitos que aseguren los derechos de todos los involucrados —incluso, y primordialmente, del niño que vaya a nacer—. La mujer gestante tendrá que prestarse a exámenes médicos y psicológicos que reflejen su capacidad psíquica y física para enfrentar este procedimiento; tendrá que haber tenido al menos un hijo propio para poder saber los riesgos e implicancias a los que se enfrentará en un embarazo y posterior parto; no podrá aportar sus óvulos evitando de este modo los arrepentimientos; no recibirá una retribución por esta gestación —lo que no impide que se le reconozcan los gastos razonables que un embarazo implica (gastos médicos, de traslado)—; y, lo más importante —y acá está el verdadero control para impedir abusos de mujeres en estado de vulnerabilidad— no podrá gestar para otros más de dos veces. Por parte de los comitentes, al menos uno de ellos debe aportar su material genético; ambos deben prestar el consentimiento previo, informado y libre —el que, debidamente homologado por el juez, será la causa fuente que determine que ellos son los padres de ese niño—.

El Proyecto, si de algo no peca, es de ser hipócrita o negar la realidad. El gestar para otro sucede acá y en el exterior. ¿Qué hacer? El Proyecto se

anima, entonces, a proponer un modo de regular un conflicto que, no se duda, encierra un alto grado de complejidad y sensibilidad. Claramente, hubiera sido más sencillo no decir nada al respecto, pero el Proyecto asume el desafío de ensayar una respuesta legal posible y, junto a ello, enfrentar el debate que ello genera.

2.2.4. El derecho a la información de los niños nacidos con material de un tercero

Otra de las acaloradas críticas que ha recibido el Proyecto, y que merece ser destacada y aclarada, es la referida al derecho de identidad de los niños nacidos de la llamada “filiación heteróloga” (con material genético de un tercero).

El Proyecto receta un sistema intermedio y, por ende, equilibrado de conformidad con los derechos en pugna. Para poder comprender con mayor exactitud por qué la reforma pasa el “test de convencionalidad-constitucionalidad”, se debe saber que el art. 564 proyectado diferencia dos facetas del derecho en análisis: 1) información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y 2) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). ¿Qué permite el Proyecto? Acceder a ambos tipos de información: a uno de ellos de manera amplia o irrestricta; y al otro, con ciertas limitaciones o consideraciones.

Veamos: la información no identificatoria se puede solicitar en todo tiempo directamente al centro de salud. En cambio, cuando se trata de identificar al donante, se debe solicitar por petición fundada a un juez, ya que aquí se deben dar ciertos fundamentos que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general mayor: que haya donaciones y así, nazcan niños por TRHA con material de un tercero y, por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres.

Además, el Proyecto dispone de manera expresa la obligación de incorporar al legajo de inscripción del nacimiento de estos niños que éstos han nacido por TRHA con gametos de un donante; consecuentemente, esta información siempre estará resguardada y disponible.

Por otra parte, cabe destacar una diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las TRHA con material de un tercero para contestar cualquier crítica que se apoye en la supuesta violación al principio de igualdad y no discriminación. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad; en cambio, en la adopción nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra un “bios”, la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo; todo esto involucra la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica.

Siguiendo con las críticas de tinte “convencional-constitucional”, Famá sostiene que la exposición intermedia “no supera el test de proporcionalidad si se observan dos cuestiones”.⁽¹⁸⁾ La primera, que quien dona es libre para hacerlo o no y, por ende, “no parece irrazonable exigirle que asuma consecuencias de su accionar”. Esta autora presupone, sin contar con información cuanti o cualitativa al respecto, que los donantes igualmente se sentirían “libres” de donar si una norma expresa adoptara el sistema de no anonimato —es decir, motivaría que toda persona nacida de TRHA con material de un tercero se incline por la donación—. Esta presunción no sólo carece de apoyatura fáctica, sino que justamente, no es lo que sostienen quienes trabajan y tienen contacto directo con los donantes en nuestro país. Se afirma que si la donación no fuera anónima, disminuiría sustancialmente la donación. Siendo un ordenamiento jurídico que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo —y, por ende, la posibilidad de formar familias homoparentales por el acceso a las TRHA—, fácil se comprende que los primeros perjudicados por el descenso de donantes serían las parejas del mismo sexo, como así las mujeres solas.⁽¹⁹⁾

(18) Ponencia titulada “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, Libro de ponencias y disertaciones, La Ley-AbeledoPerrot, Bs. As., 2012, pp. 358/359.

(19) Amplia mayoría de las respuestas que han esgrimido los operadores entrevistados en el marco del proyecto de investigación UBACyT 2011-2014, N° 20020100200050, “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. Bioética y Derechos Humanos”.

La segunda razón que esgrime Famá se refiere a que “la previsión legal no resulta menos restrictiva de entre todas las más idóneas para garantizar la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría pensarse en otras medidas por ejemplo de tipo educativo para fomentar las donaciones”. En primer término, según lo que aquí se expresa, la misma autora reconoce que la baja o disminución de los donantes es realmente un tema preocupante, que se agravaría si la donación no fuera anónima o, al menos, sufriera ciertas restricciones. Éste es, justamente, uno de los argumentos por los cuales el Proyecto recepta una postura intermedia. Se trata de una preocupación que, a la luz de un régimen que defiende el principio de igualdad y no discriminación, para que ciertas personas no se vean perjudicadas por este descenso —que estaría fundado, principalmente, en la orientación sexual—, debería ser muy tenida en cuenta para evaluar de manera integral el mencionado principio de proporcionalidad.

No se duda sobre el loable efecto que podrían tener ciertas medidas educativas como las que propone Famá, pero ello es una construcción a largo plazo. Ninguna legislación que hoy adopta un régimen amplio o de no anonimato ha nacido de ese modo; vino de un sistema con ciertas restricciones y, con el tiempo, gracias a los efectos de las medidas educativas que se señalan tendientes a consolidar la “cultura de la donación” que implica desentrañar y despejar ciertos fantasmas que podrían tener los donantes sobre el ejercicio del derecho a conocer de las personas nacidas con su material, se pudo virar a un régimen amplio sin poner en peligro la fertilización heteróloga. Precisamente, esto es lo que pretende lograr —así como ha acontecido en otros países— el Proyecto de Reforma. Centrar todo el régimen legal sobre el derecho a conocer en supuestas medidas educativas que aún no se han implementado, y en un contexto legal signado por el silencio, proclive a la confusión entre ser donante y ser padre; es una postura un tanto “romántica”, endeble entonces para afirmar con vehemencia que la postura intermedia que defiende el Proyecto no respeta el principio de proporcionalidad. En otras palabras, por los contra-argumentos esgrimidos, parecería que la postura que no respeta dicho principio es aquélla que sostiene que el régimen legal debería ser de donación no anónima, ya que éste no daría certezas acerca de la subsistencia de un elemento básico para proteger el principio de igualdad y no discriminación, como así otros derechos humanos como ser el derecho a formar una familia y el de gozar de los beneficios del desarrollo o avance científico, como lo es la fertilización con material de un tercero.

Como cierre de este tema, y a modo de respuesta integral y conjunta de las dos razones esgrimidas, cabe traer a colación un ensayo⁽²⁰⁾ elaborado por tres psicólogas argentinas que trabajan hace tiempo con parejas que se encuentran en tratamiento de fertilidad, en el que citan algunos resultados arribados en una investigación realizada por un organismo no gubernamental dedicado al tema en el que se encuesta a 1155 personas. Aquí se pregunta, entre otras cosas, acerca del destino de los embriones. Al respecto, se asevera que en un principio, un 65 % de las personas responden a favor de donar los embriones,⁽²¹⁾ pero que tiempo más tarde, cuando han logrado un embarazo, retrasan la decisión acerca de qué hacer con sus embriones y terminan por cambiar de opinión, siendo reticentes a la donación. Se dice:

“Transcurridos dos o tres años del evento, en aquellos casos en que las parejas tenían un proyecto de vida que incluía más de un hijo, se puede pensar en nuevas transferencias e intentos de embarazo como destino posible de los embriones. Pero cuando el proyecto de segundo hijo se dilata o cesa, la situación es diferente. En tanto se trata de su propio material genético, llegado el momento, a las parejas suele resultarles difícil pensar en la aceptación de la adopción por parte de parejas infértiles. El panorama se hace más complejo porque en las parejas circula la fantasía de gemelaridad, dilatada en el tiempo, sobre todo si ya han logrado un embarazo. También surge la figura de que el material guardado es una suerte de clon del embrión transferido. Más complicado les resulta contemplar la donación para investigación. Algunos, cuando ya tuvieron otros hijos, prefieren descartar los embriones que restan. En todos los casos se posterga el “hacerse cargo” de una decisión que dejaron pendiente. Suponen que con el transcurrir de los años se aclararán los

(20) JADUR, SILVIA; DUHALDE, CONSTANZA y WAINSTEIN, VIVIANA, “Embriones y su destino”, en *Diario Página 12*, 13/06/2013 [en línea], <http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-222161-2013-06-13.html>, texto extractado del artículo “Efectos emocionales de la criopreservación de embriones y su transferencia”, publicado en *Revista de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva*, vol. 25, N° 1.

(21) “Los porcentajes en las respuestas fueron en general coincidentes entre hombres y mujeres. Alrededor del 15 por ciento considera que los donaría para investigación, el 65 por ciento los donaría a otras parejas y el 15 por ciento los destruiría (un porcentaje de encuestados no respondió a esta opción)”.

recorridos a seguir. Esta situación es más complicada, pues el significado, la representación y valoración de esos embriones cambian una vez logrado el objetivo deseado. Las posiciones elegidas son reemplazadas en el tiempo. Algunos, en última instancia, aceptan entregarlos para investigación considerando que 'podrían ayudar a parejas con problemas reproductivos', como los que ellos padecieron”.

Como se puede apreciar, la cuestión es mucho más compleja para afirmar, de manera general y en abstracto, que con medidas educativas todos estos miedos y resistencias entendibles por parte de quienes transitan por una situación dolorosa como la infertilidad donarían los embriones sobrantes.

2.3 | Las uniones convivenciales

Las uniones convivenciales —aquellas parejas que no prestan su consentimiento expreso y libre ante el registro civil para formalizar el vínculo, pero están también signadas por el afecto y el proyecto de vida en común— no sólo son una realidad cada vez más frecuente en nuestro país (el censo del 2010 indica que, del total de parejas, el 38% son uniones convivenciales, contra el 25% del censo del 2001),⁽²²⁾ sino que, en el régimen jurídico actual, además generan ciertos derechos y deberes como ser: el derecho a pensión, a continuar la locación urbana, a tomar medidas en los casos de violencia familiar, por citar algunos; amén de la cantidad de precedentes jurisprudenciales tendientes a extenderle a estas uniones otros derechos que sí se le reconocen al matrimonio (adoptar de manera conjunta,⁽²³⁾ la protección de la vivienda al menos cuando hay hijos,⁽²⁴⁾ etc). Este complejo contexto permite aseverar

(22) Información disponible en http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalspais.asp

(23) Ver, entre otros, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/03/2012, “N., M. D. y otra s/adopción plena”, en *LLBA* 2012, (junio), p. 534 y ss.; Tribunal Colegiado del Fuero de Familia N° 2 de La Plata, 13/04/2010, “G., C. B.”, AbeledoPerrot online N°: 70062562; Juzgado de Familia de Esquel, 01/02/2010, “G., P. A. y otro”, AbeledoPerrot online, N°: 70058468; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 15/11/2006, “O., A. y otro”, en *LLLitoral* 2007 (febrero), p. 103 y ss.

(24) Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 25/07/2005, “R., P. A. c. S. de G., M. D. y su acumulado”, en *LL online* AR/JUR/1897/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 31/05/2006, “V. S. S. c. A. N. del V. ”, *LL online* AR/

que el legislador reconoce este tipo de uniones familiares.⁽²⁵⁾ El interrogante que el Proyecto actualiza es si esta regulación precaria, dispersa y discrecional cuando son los jueces los que deben decidir, es beneficiosa o no para los destinatarios de las leyes.

Cabe recordar que la ley debe ser una herramienta que, sobre la base del principio de solidaridad, respete la autonomía y, al mismo tiempo, proteja a los más vulnerables para acercarse, de este modo, a lograr una igualdad real. En la práctica, fácil se advierte que después de la ruptura de una unión convivencial, uno de los integrantes queda en estado de total desprotección, ante grandes y persistentes silencios legislativos en varias áreas del derecho. En este panorama, algunos jueces se inclinan por extender ciertos derechos del matrimonio a esta otra figura familiar otorgando soluciones coyunturales, aún sin texto legal expreso. En cambio, otros sostienen que no pueden avanzar sin ley. ¿Qué sucede entonces en el plano fáctico-jurídico? Según qué magistrado intervenga y qué mirada tenga —a favor o en contra— de las parejas que no se casan, ellas tendrán o no determinados derechos. Fácil se puede concluir que ningún régimen jurídico de este tenor puede ser defendido ni debería ser mantenido.

JUR/2048/2006; Juzgado Civil y Comercial Nro. 2 de Zárate-Campana, 30/12/1998, "Guzmán, Luis R. v. Rodríguez, Raquel G. s/división de condominio", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 1999, N° 15, p. 235 y ss.

(25) A esta altura del desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre las convivencias de pareja resulta chocante o causa rechazo afirmaciones del siguiente tenor: "La pretendida regulación que el proyecto del Código Civil confiere al concubinato, terminaría por deslegitimar la institución matrimonial vaciándola de contenido familiar, civil y moral. El dogma matrimonial del esfuerzo mancomunado que hizo a su reputación y trascendencia social sería destruido de un plumazo al insertar la autonomía como fuente negocial y libertades personales dentro del matrimonio" (MILLÁN, LILIANA LUJÁN y STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, "El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, junio, 01/06/2013, Bs. As., La Ley, p. 6). O aseveraciones como: "De todos modos, esto confirma una vez más las ventajas de que el matrimonio sea sujeto adoptante si no único, al menos prioritarios. Que sea sujeto adoptante único es la solución más conveniente, porque entonces un niño que ha sufrido el estigma del abandono de sus padres, obtiene un ámbito óptimo de crianza: la matrimonial. Recordemos que está comprobado que el matrimonio es el lugar óptimo de crianza de los niños. Brinda estabilidad y contención, más que cualquier otro tipo de unión" y en nota al pie de este párrafo se agrega: "Sobre este asunto hemos escrito en numerosas ocasiones. Además, la literatura científica es unánime en este punto, aislando (obviamente) los casos de disfuncionalidad familiar, que también hay en las relaciones extramaritales", cuya 'cientificidad' se cae por su propio peso, amén de la imposibilidad de citar 'literatura científica' 'unánime' al respecto" (conf. BASSET, ÚRSULA, "La filiación después de la muerte. Un caso de adopción", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, febrero 2013, La Ley, Bs. As., p. 41).

El Proyecto tiene, entonces, un primer objetivo: clarificar qué derechos y deberes generan las uniones convivenciales, sin ser equiparadas al matrimonio que constituye otra forma de organización familiar con sus propias reglas; existiendo, además, otras modalidades familiares para que la personas puedan elegir a cuál quieren ingresar y conociéndose de manera previa los derechos y deberes que genera cada una de ellas.

¿Cuáles son los efectos diferenciadores entre el matrimonio y las uniones convivenciales para ampliar el abanico de formas de vivir en familia que las personas pueden elegir? El primero genera una gran cantidad de consecuencias jurídicas que no se presentan en las uniones convivenciales, tales como: 1) el cónyuge es heredero legitimario, o sea, la ley obliga a que un porcentaje de la herencia se le reconozca al cónyuge supérstite; el conviviente no es heredero; la única manera de que reciba en la herencia es hacer un testamento y designarlo beneficiario; aun así, hay que respetar el derecho de los otros herederos forzosos, por ej., los hijos ; 2) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes; las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión; 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales (por ej., se trata de un cónyuge enfermo o en estado de necesidad o vulnerabilidad de conformidad con lo previsto en el art. 434 proyectado), el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria; este derecho tampoco existe en la unión convivencial, ni siquiera en forma excepcional, siendo que el deber de asistencia rige sólo durante la vigencia de la unión.

Las uniones convivenciales no son causa fuente de la vocación hereditaria, no crean un determinado régimen de bienes, ni tampoco reconocen una obligación alimentaria tras la ruptura; por lo tanto, fácil se concluye que entre ambas figuras fundadas en el afecto de pareja, existen diferencias sustanciales.

¿Cómo regular las uniones convivenciales? Este es uno de los interrogantes centrales de difícil resolución ante la falta de una concepción única o, al menos mayoritaria, sobre el tema y, además, por otra razón más fuerte: las disímiles causas por las cuales las parejas no contraen matrimonio.⁽²⁶⁾

(26) Al respecto, cabe traer a colación las conclusiones arribadas en un estudio sociojurídico en el que se entrevistó a 500 personas unidas de hecho. En este marco se indagó sobre las "motivaciones" para no casarse y las respuestas eran de diferente tenor, demostrándose la variedad en las razones por las cuales las personas no contraen nupcias. Allí se dijo: "El análisis

Por otra parte, si se realiza un panorama legislativo en el derecho comparado, se podrá advertir que no hay una unidad de criterio acerca de las diferencias y similitudes con el matrimonio.⁽²⁷⁾ Entonces, ¿sobre la base de qué parámetros se regula la figura de la unión convivencial? El régimen jurídico que se propone reconoce sólo aquellos efectos directamente relacionados con los derechos humanos, como es el caso de la protección de la vivienda —derecho que no se puede circunscribir sólo a las parejas que hayan pasado por el registro civil, máxime en el marco de un sistema legal como el que se proyecta donde también se protege la vivienda de una persona sola, siendo el techo o el lugar donde viven las personas un bien que debe ser salvaguardado con especial énfasis—. En este contexto, la formalidad del registro civil no debe ser un elemento diferenciador para el acceso y protección del derecho humano a la vivienda. Esta protección se logra de diferentes modos: atribuyéndosele la vivienda de manera temporal al miembro de la pareja más vulnerable; solicitándose el asentimiento del conviviente no titular de un bien para que no se entere después que se produjo la venta que ya no tiene más hogar; o reconociéndosele al conviviente supérstite un derecho de uso y goce sobre la vivienda, para que los herederos del conviviente fallecido no puedan dejarlo en la calle sin ningún tipo de respaldo mínimo.

Una de las críticas que se han esgrimido en contra de esta regulación gira en torno al interrogante de por qué las uniones convivenciales se refieren al lazo afectivo de pareja entre dos personas estableciendo un

de los principales motivos para no casarse, observado a través de las categorías del Índice de Nivel Socioeconómico (NSE), revela que las respuestas referidas a que 'No hay diferencia entre convivir y casarse' son más frecuentes en el nivel medio (40%) y medio-alto (38%). La ausencia de 'Recursos económicos necesarios', en tanto motivo para no casarse, se distribuye principalmente entre el nivel bajo (23%), medio-bajo (19%) y medio-alto (19%). La otra categoría fuerte relacionada con el rechazo a la institución matrimonial, 'Los papeles y las formalidades no sirven para nada', se encuentra mayormente concentrada en el nivel socioeconómico medio (28%). Por último, 'Asigna a esta etapa un carácter de prueba previa al matrimonio' tiene una presencia marcadamente menor en los niveles más bajos, concentrándose en el nivel medio (16%), medio-alto (18%) y alto (17%)" (TÓFALO, ARIEL y SCARDINO, MARISA, "Las familias constituidas a partir de una unión de hecho. Un estudio sociojurídico", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 35, Bs. As., Abeledo Perrot, 2007, p. 198).

(27) Centrándonos en la regulación que observa América Latina, algunos países asimilan las uniones al matrimonio después de transcurridos una cierta cantidad de años (por ejemplo, Cuba); o reconoce derechos principalmente de carácter patrimoniales (Perú y Colombia); o si bien reconoce varios derechos similares al matrimonio mantienen algunas —pocas— diferencias (Brasil) o varias diferencias (Uruguay); y otras prácticamente, mantienen el silencio legislativo como acontece en Chile.

plazo mínimo de estabilidad (dos años), y no se extiende a otro tipo de vínculo afectivo, tal como el surgido entre dos hermanos, amigos, u otros familiares⁽²⁸⁾. El Proyecto, al igual que acontece en tantísimas legislaciones extranjeras, se centra en la noción de “pareja”; es decir, de la existencia de un proyecto de vida cuya apariencia no difiere de la matrimonial⁽²⁹⁾. Se exige un plazo de convivencia mínima de 2 años siguiéndose el lapso temporal que estipula la ley 1004 de la Ciudad de Bs. As., que regula las uniones civiles. ¿Por qué establecer un plazo? Porque, de lo contrario, se estaría obligando a judicializar cada caso para ver si el lapso de convivencia le parece lo suficientemente estable, público, notorio y permanente al magistrado que interviene, como para que éste amerite el reconocimiento de ciertos derechos. Este despliegue procedimental, que abre el juego a la discrecionalidad judicial, atenta contra el principio de “desjudicialización” que promueve —en buena hora— el Proyecto de reforma. Justamente, pautas legales claras (saber de antemano qué derechos nacen y cuáles no de las convivencias de pareja) brindarán una mayor seguridad a los destinatarios de la ley.

Las demás relaciones de afecto que no se fundan en una relación sexual (madre con su hijo, hermanos, amigos, etc.) no tienen las características señaladas (matrimonio aparente) y pueden, perfectamente, tener protec-

.....

(28) CORDOBA, MARCOS, “Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2 sobre “Proyecto de Código Civil y Comercial- I”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 357 y ss.

(29) Cabe destacar el resonado caso *Burden v. Reino Unido* del 29/04/2008, en el que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos humanos sostuvo que no es discriminatoria la diferencia de trato entre una unión convivencial homosexual y la que encuentra conformada por dos hermanas. En este caso se ponía en tela de juicio el tratamiento fiscal diferente en el Reino Unido a las parejas casadas como unidas civilmente, que a dos hermanas que habían vivido toda la vida juntas. Al respecto, merece destacarse el párrafo 62 de la sentencia en el que se afirma que la relación entre hermanos es cualitativamente de una naturaleza diferente a la existente entre las parejas casadas y la de homosexuales socios civiles bajo la Ley de Unión Civil del Reino Unido. La esencia misma de la relación entre hermanos es la consanguinidad, mientras que una de las características definitorias de un matrimonio o unión civil es que está prohibido a los miembros cercanos de la familia. El hecho de que los solicitantes hayan optado por vivir juntos toda la vida de adultos, al igual que muchas parejas casadas y las unidas civilmente, no altera esta diferencia esencial entre los dos tipos de relación. Por lo tanto, se entendió que es constitucionalmente válido que una ley regule diferente una situación de la otra. Así lo hace el proyecto de reforma (ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; HERRERA, MARISA y ROMERO, CLARA, “Actualidad del TEDH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2012-II, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 304 y ss.).

ción mediante otras figuras jurídicas, pero no por esta vía. Por ejemplo, al aumentar la parte disponible, el Proyecto permite que, mediante un testamento, se deje a esa hermana una mayor cantidad de bienes; también se la podría designar beneficiaria de un fideicomiso, etc.

El Proyecto presenta una regulación equilibrada. No equipara las uniones convivenciales al matrimonio, ni tampoco reafirma el cuasi-silencio legal existente en el campo civil, que perjudica a gran cantidad de personas —por lo general, mujeres— que, tras la ruptura de la unión, ven escasos derechos reconocidos. La reforma prevé ciertos derechos expresamente estipulados a modo de “régimen primario” o un mínimo inderogable por parte de los integrantes de la pareja, por aplicación del principio de solidaridad familiar, y en defensa del derecho a la vivienda como derechos humanos. Se trata de una regulación intermedia, con reglas claras y basada en la obligada perspectiva constitucional-convencional.

2.4 | La familia ensamblada

“Los tuyos, los míos y los nuestros” son otra realidad familiar que muestra la sociedad actual desde hace tantísimo tiempo. Además del aludido aumento en la perspectiva de vida, la mayor aceptación social y consecuente baja en la estigmatización del divorcio —entre otras causas—, han dado paso a la configuración de diversas formas de familia como ser las “familias ensambladas”. Se trata de nuevos núcleos familiares que se generan a partir de la formación de nuevas parejas (matrimonial o convivencial), en las que uno o ambos integrantes vienen, a su vez, de una relación de pareja anterior (matrimonial o convivencial) de la cual ha habido hijos, pudiendo también haber hijos de esta nueva unión.

Sólo en los cuentos infantiles quedan esas imágenes de “madrastas” y “padrastrós” desaprensivos y dedicados a alejar a los hijos de sus padres-parejas. En la realidad, estas personas son referentes afectivos de importancia en la vida de los niños que la ley no puede ni debe silenciar. Si, por alguna razón un padre no llega a ir a buscar a la escuela a su hijo, quien quiere ir a jugar a la casa de un compañero, ¿no podría ir su pareja y autorizarlo a esa salida recreativa beneficiosa para el niño? No se trata de quitarle el lugar a los padres o a uno de ellos —por lo general, el no conviviente—, quienes

tienen roles bien marcados en la ley y en la sociedad, sino de ampliar el espacio al facilitar que algunas funciones de cuidado también puedan ser ejercidas por quienes han logrado un lazo afectivo con los niños.

La reforma fija ciertos derechos y deberes a cargo de los llamados “progenitores afines”. En primer lugar, éstos tienen la obligación de cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja pudiendo, incluso, llevar adelante actos relativos al ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. Además, en determinadas circunstancias, puede hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando, por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede hacerlo (por ejemplo, cuando debe alejarse de manera transitoria por razones laborales o de salud al tener que hacer un tratamiento prolongado fuera de su lugar de residencia), o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental. En supuestos excepcionales y de carácter subsidiario, el progenitor afín puede contribuir a la manutención alimentaria.

Así, el Proyecto sigue la misma línea de ampliación de derechos al reconocer otras formas de organización familiar, para así poder aplicar y extender el principio de solidaridad.

3 | Lo mejorado

3.1 | Matrimonio y divorcio

¿Por qué desaparecen los derechos- deberes de fidelidad y cohabitación? ¿Es cierto que se “banaliza” el matrimonio, argumento que también se sostenía al debatirse el divorcio vincular o en ocasión de extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo? Una vez más, esa compleja dupla signada por el miedo a la libertad y la hiper o sobre-valoración de la ley para cambiar relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas que lo que ordene la ley?

El Proyecto regula sólo deberes jurídicos; es decir, aquellas obligaciones cuyo incumplimiento genera una determinada reacción por parte de la ley. En la legislación vigente, el que incumple el deber de fidelidad es pasible de ser considerado cónyuge culpable del divorcio y, por ende, se le aplican determinadas obligaciones derivadas de esta conducta “antijurídica”

o contraria a la ley; lo mismo acontece a quien incumple el deber de convivencia si la separación de hecho no se ha producido de mutuo acuerdo. La reforma, en cambio, deroga este sistema de “culpas” ya que en la práctica se han observado varias vicisitudes: 1) que salvo excepciones, no hay un solo “culpable” en el deterioro de una relación matrimonial, 2) que quien termina con el rótulo de “inocente” es el más fuerte, el que se defendió mejor o el que pudo acceder a presentar mejores pruebas, no por ser un real “inocente”, 3) que “sacar los trapitos al sol” ante un tercero que no conoce a la pareja (el juez) recrudece los odios, los “pase de factura” y las heridas —que no son jurídicas, claro está—, las que tardan cada vez más en cicatrizar; y lo más importante 4) que existe un impacto altamente negativo y destructivo para los hijos y en definitiva, para todo el grupo familiar.

En este contexto, volvemos al derecho-deber de fidelidad y cohabitación. Si en el Proyecto se deroga el régimen de divorcio culpable, ¿cuál sería la sanción por el incumplimiento de tales deberes? Ninguna. Por ello, éstos quedan como derechos de carácter moral “sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 CN).

Además, considerar al deber de cohabitación como moral permite flexibilizar aún más la ley para estar a tono con la compleja realidad social a la cual se debe enfrentar la reforma. Veamos: una pareja integrada por personas de aproximadamente 50 años, con hijos adolescentes de una pareja anterior, decide contraer matrimonio pero sin convivir, al entender que vivir todos juntos bajo el mismo techo podría ser conflictivo; por eso, cada uno vive con sus hijos en viviendas contiguas o cercanas. ¿Son un matrimonio? Sí, porque comparten un proyecto de vida en común, sólo que no viven en el mismo domicilio. Esta modalidad social se conoce como “parejas LAT” (*living aparttogether*), una elección que, por aplicación, de la autonomía de la voluntad, llevan adelante personas que afrontan segundas o terceras nupcias con cierto poder adquisitivo.

No sólo se deroga el régimen de divorcio culpable, sino el divorcio causado en general. ¿Qué significa que sea “causado”? Que hay que cumplir o exponer —sea real o ficticio—⁽³⁰⁾ alguna causa que el legislador considere

(30) ¿Acaso en la práctica no se observa una gran cantidad de parejas que dicen que están separados de hecho sin voluntad de unirse hace 3 años o más y ello no es así, para poder plantear una causal que es la más rápida y fácil en términos del procedimiento que correspondería sobre la base de esta mentira?

pertinente para habilitar el divorcio. En el régimen vigente, el divorcio objetivo o remedio, como se lo llama, es también causado. No se funda en una o varias causales culpables pero, al menos, debe transcurrir un plazo mínimo de 3 años de que los cónyuges se encuentran separados de hecho (no viven más juntos) o, si se presentan de manera conjunta en una audiencia privada con el juez deben expresarle —y convencerlo— de que “existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”.

El Proyecto vira de un régimen de divorcio causado (subjetivo y objetivo) a uno de divorcio incausado o sin expresión de causa, unilateral o bilateral. ¿Qué significa? Un matrimonio se celebra y se sostiene de a dos; por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea peticionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. El Código Civil no puede obligar a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad “en nombre de la ley”. Ello no sólo viola el principio de libertad y autonomía, sino que podría agravar la conflictiva conyugal hasta alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica.

Como se podrá observar hasta acá, y se terminará de entender al analizar el vínculo entre padres e hijos en el próximo apartado, en el Proyecto de Reforma está muy presente la necesaria —y obligada— mirada sistémica e integral de todo el ordenamiento jurídico. ¿Cómo se puede pretender alcanzar una excelente relación entre todos los miembros del grupo familiar, si el proyecto mantuviera el sistema culpable en el que se le dan “armas” a los adultos para que se destruyan en la justicia tras un largo y doloroso proceso de divorcio en el que se dirimen reproches y odios no jurídicos?

3.2 | De la “patria potestad” a la “responsabilidad parental”

El lenguaje no es neutro. La Reforma introduce varios cambios terminológicos que llevan consigo un viraje sustancial en el planteo jurídico que propone. Así, la noción de “patria potestad” nos remite a la idea del hombre-padre-proveedor, dueño de la casa, de la mujer y de los hijos, todos ellos bajo la “potestad” y sumisión del “jefe de hogar”. Por otra parte, si a la gente se le preguntara qué cree que tiene sobre sus hijos, la mayoría

no diría una “potestad”, sino una gran “responsabilidad”. Eso es, ni más ni menos, lo que recepta la Reforma, la figura de la “responsabilidad parental” —derogando así la perimida “patria potestad”— que nuclea todos los derechos y deberes que nacen del vínculo entre padres e hijos.

Las modificaciones de fondo son varias pero destacamos una de importancia práctica: lo que acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres. La ley hoy prioriza a uno de ellos otorgándose la “tenencia” del hijo, restándole al otro progenitor un lugar periférico, concediéndole un derecho de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas y variadas críticas. En primer lugar, la noción de “tenencia” —que la reforma cambia por cuidado personal— alude más a los hijos como un objeto (“un trofeo”) que al obligado reconocimiento de ellos como sujetos de derechos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otro lado, cabe recordar, que la ley actual —aún después de la sanción de la ley de matrimonio igualitario— mantiene la preferencia materna en la “tenencia” de los hijos menores de 5 años cuando se trata de una pareja de diverso sexo, prioridad que cede cuando se trata de parejas de igual sexo en el que sólo se debe observar el mejor interés del hijo. ¿Acaso las mujeres somos, *a priori* y en abstracto, en razón de una supuesta “naturaleza”, las mejores cuidadoras de nuestros hijos? Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos no sólo perjudica a quienes se debe beneficiar en primer término, los niños, sino también a los hombres y a las mujeres, a quienes se nos sigue asignando el rol —y la carga y culpa— de principales cuidadoras de nuestros hijos.

¿Cuál es el mejor sistema legal que cumple con el derecho humano de todo niño a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (conf. art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño)? El de “coparentalidad”. Si, mientras los adultos convivían bajo el mismo techo, ambos llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijos, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza, que ello no se vea impedido por el hecho de que los padres pasan a vivir en dos hogares diferentes.

Con este sistema que siguen varias legislaciones comparadas —incluso aquellas que siempre han sido muy conservadoras, como la chilena que acaba de aprobar por una comisión mixta del Congreso de la Nación un

Proyecto de Ley de Cuidado Personal Compartido—⁽³¹⁾ no se duda que se beneficia todo el grupo familiar. Los hijos, porque mantienen intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. Los padres, porque ambos siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad respecto de sus hijos, lo que evita conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas “visitas”, en las que el padre se empieza a alejar del hijo y deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, con “efecto dominó” que después es muy complejo de revertir. En este contexto, el régimen de “coparentalidad”, no sólo es el que responde al principio del “mejor interés del niño”, sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia. La ley coloca, de este modo, su máximo esplendor en su papel pedagógico y preventivo.

4 | A modo de cierre

El tiempo es tirano, y el espacio también, por eso unas brevísimas palabras a modo de cierre.

Como lo ha expresado de manera elocuente Simón Bolívar: “Más cuesta mantener el equilibrio de la libertad que soportar el peso de la tiranía”. El Proyecto en las “Relaciones de familia” da cuenta y asume —como en ningún otro ámbito— esta tensión. Así, tuvo la valentía de enfrentar varios de los silencios legales que incomodan, tanto a los usuarios como a los operadores, con un objetivo loable: lograr una regulación respetuosa de la libertad, con responsabilidad y solidaridad.

Se trata de seguir subiendo peldaños en esta búsqueda constante por una sociedad más inclusiva y plural. Éste es el momento para hacerlo; antes, no se lo hubiera comprendido.

(31) El art. 2º proyectado pretende modificar el primer inciso del art. 224 del Código Civil del siguiente modo: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

Libertad con responsabilidad y solidaridad

La regulación de las uniones convivenciales

por **NORA LLOVERAS**⁽¹⁾

I | La mirada del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y las uniones convivenciales

El incremento del número de ciudadanos y ciudadanas que eligen una forma de convivencia diferente —al menos— a la forma matrimonial tradicional, deviene en una realidad insoslayable para la sociedad argentina de nuestros días: las uniones convivenciales o convivencias de parejas estables están presentes en un número relevante, en el medio de la comunidad, en distintos espacios y regiones del país, en sectores sociales también generales.

El entendimiento precedente —de épocas y fechas anteriores— en cuanto a la visualización del matrimonio como alternativa esencial e insustituible

(1) Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: noval@arnet.com.ar

para fundar una familia, lentamente se fue dejando de lado, como venía estudiando una sólida doctrina.⁽²⁾

Las razones de este cambio no son propias del presente estudio, y sólo remarcamos la perspectiva familiar, ahora distinta, que conforma la unión convivencial —clásicamente nominada “unión de hecho”—, con un significado socialmente justificado para incluirse de modo general y sin suspicacias en las diversas formas familiares que exhibe la sociedad del siglo XXI.

La unión convivencial exhibe un valor jurídico semejante al matrimonio, aunque sea una forma familiar distinta: se legitima en la realidad y en numerosas legislaciones del mundo como una opción válida para conformar una familia, previéndose sus consecuencias y admitiendo de maneras distintas, la autonomía familiar —en Argentina sólo en algunas leyes coyunturales—. ⁽³⁾

Pero la constitucionalización del derecho privado en general, y en especial del derecho familiar, demanda como plataforma de despegue en el derecho reglamentario reconocer formas diversas de familia, y entre ellas, la basada en una unión convivencial.

Por una parte, la decisión del legislador que propone la regulación no significa que se adjudique el mismo trato y el mismo estatuto al matrimonio y a las uniones convivenciales.

Explicado de otro modo: no existe obligación del legislador que imponga dar el mismo régimen al matrimonio y a las uniones convivenciales (arg. art. 16 CN).

(2) BORGONOVO, OSCAR, *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 1980, p. 21 y ss.; BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen Jurídico del concubinato*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As, Astrea, 1990, p. 19 y ss.

(3) En Argentina, al año 2013, existen algunas leyes, estatutos, algunas normas aisladas que no conforman un sistema global, sobre las uniones convivenciales. De todos modos, cabe aclarar que se mantuvo, durante muchos años, una opinión contraria a la regulación de estas convivencias estables. Para algunos, establecer normas en la vida convivencial de dos personas que no desean casarse, no es congruente y atenta contra la autonomía personal. Para otros sectores, no era admisible una familia diversa a la fundada en el matrimonio. Y así, opiniones de tenores diversos, cuestionaban o proponían la regulación de estas uniones.

Pero sí existe un límite constitucional claro y preciso: no es posible otorgar una actitud jurídica arbitrariamente diferente, fundada en criterios irrazonables que no superan el diagnóstico del test de constitucionalidad.⁽⁴⁾

El derecho debe tutelar la familia matrimonial o formada sobre el matrimonio, y a la par, proteger otras formas familiares que evidencian elecciones de proyectos de vida diferentes, que no se basan en el matrimonio.⁽⁵⁾

Todos, unos y otros, unas y otras, los que deciden contraer matrimonio, y los que eligen un camino diferente para conformar una familia, deben ser destinatarias de la tutela del sistema jurídico, según el paradigma de los derechos humanos.⁽⁶⁾

Las personas que eligen la unión convivencial, como las que optan por el matrimonio, forman una familia que, como tal, debe ser amparada por la ley, en función de los principios relevantes que surgen del paradigma de los derechos humanos —sin dejar de destacar las voces que contradicen el proyecto de reformas—. ⁽⁷⁾

Y esa libertad de la persona o de las personas para elegir un camino distinto para constituir una familia, no puede sentar un territorio familiar en el que esté ausente la solidaridad y la responsabilidad.

Por ello, libertad, solidaridad y responsabilidad, de la mano, permiten la configuración de una familia convivencial, que la ley esboza: la unión convivencial.

(4) Véase en el derecho vigente: BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, 9ª ed. actualizada, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 707 y ss., bajo otra denominación; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. 2, 5ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2006, p. 263 y ss.

(5) También voces relevantes del mundo jurídico levantan sus críticas contra la propuesta, expresando —entre otros— Eduardo A. Zannoni que “la regulación de la llamada ‘unión convivencial’ que ha durado como mínimo dos años genera, en el proyecto, un elenco de efectos gravosos que, sobre todo en caso de ruptura, exceden esos derechos de naturaleza asistencial”, en MERA SALGUERO, ANA LAURA, “La unión hace la fuerza, no los papeles”, en *Diario Judicial*, Especial Dju: “la letra chica de la reforma de los Códigos Civil y Comercial”, 16/11/2012. Ver texto en: <http://www.diariojudicial.com/noticias/La-union-hace-la-fuerza-no-los-papeles-20121116-0005.html>

(6) LLOVERAS, NORA; SALOMÓN MARCELO J., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., Universidad, 2009, p. 350 y ss.

(7) SOJO, AGUSTIN, “Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales”, en *eldial.express*, año XV, n° 3550, 10/07/2012.

2 | Los principios constitucionales desde los que se aborda el plan normativo propuesto sobre uniones convivenciales

El derecho humano a la vida familiar, la dignidad de la persona y la igualdad, así como también la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar deben conjugarse y articularse en el resguardo jurídico de esta forma de vivir las relaciones afectivas.

Desde ópticas distintas, la doctrina en general se ha pronunciado a favor de la necesaria regulación de las convivencias de pareja, existiendo, en el decir de Grosman, una "intensa convicción" al respecto.⁽⁸⁾

Aun sectores del entendimiento que no comparten totalmente la propuesta regulatoria, entienden que el Proyecto:

"acierta cuando pone en manos de los convivientes la regulación de los efectos personales y patrimoniales de su unión. También acierta en la regulación de normas de protección de la vivienda familiar; desde el año 1957 nuestro ordenamiento constitucional manda a protegerla y ese mandato no distingue entre la familia matrimonial y la extramatrimonial razón por la cual la legislación proyectada, más allá de los errores de técnica legislativa que hemos apuntado, resuelve una cuestión pendiente".⁽⁹⁾

El Proyecto persigue sortear toda forma de discriminación a las personas que han elegido una convivencia distinta a la convencional —matrimonial—, en el ejercicio de una libertad permitida.⁽¹⁰⁾

(8) GROSMAN, CECILA, "Efectos Personales de las Convivencias de pareja", en *Revista Derecho de Familia*, n° 43, "Armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados", Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 279 y ss.

(9) Véase GIOVANNETTI, PATRICIA S. y ROVEDA EDUARDO G., "Las Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil", en *eldial.express*, año XV, n° 3527, 05/06/2012.

(10) MEDINA, GRACIELA, "Desgranando la idea de las uniones homosexuales y la familia", en *Uniones de hecho homosexuales*, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 20 y ss.

Los principios fundamentales que sostienen la propuesta son:

- a. la autonomía personal y el derecho a no casarse;
- b. el principio de no discriminación por el estado de familia; y
- c. la solidaridad familiar y el resguardo de un núcleo mínimo de garantías.

2.1 | Uniones convivenciales. Principios fundamentales

2.1.1. La autonomía personal y el derecho a no casarse

La autonomía personal, como principio fundamental de nuestro sistema jurídico, nutre la posibilidad de que las personas elijan la forma de vida familiar que se caracteriza por la ausencia de un orden y organización, como sí ostenta la opción por la unión matrimonial.⁽¹¹⁾

El resguardo constitucional que avala la existencia de las uniones de hecho como una de las formas familiares que deben ser admitidas en el derecho infraconstitucional es el respeto por el proyecto de vida autorreferencial, el derecho a la intimidad, la igualdad, la no discriminación y la solidaridad familiar,⁽¹²⁾ como ya hemos sostenido desde largo tiempo.⁽¹³⁾

En este sentido, debemos señalar que así como existe un derecho de raigambre constitucional a contraer matrimonio⁽¹⁴⁾ existe también un derecho constitucional a "no casarse" y a vivir en una forma familiar diversa.⁽¹⁵⁾

(11) LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; FARAONI, FABIAN; VERPLAETSE, SUSANA; y MONJO, SEBASTIÁN, "Las uniones convivenciales en la Argentina y los aspectos patrimoniales: una visión legal y jurisprudencial", n° 11, Abeledo Perrot, Córdoba, noviembre 2009, p. 1203 y ss.

(12) Para estudiar la regulación de las "uniones de pareja" en el derecho europeo recomendamos: MURILLO MUÑOZ, MERCEDES, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea, Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dickinson, 2006, p. 232.

(13) LLOVERAS, NORA; y SALOMÓN MARCELO J., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, op. cit., p. 392 y ss.

(14) Así surge del art. 20 CN y otros concordantes contenidos en los tratados y convenciones internacionales.

(15) Véase PELLEGRINI, MARÍA V., "Las uniones convivenciales en el anteproyecto", en JA, Número Especial, "El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil", Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coords.), Bs. As., Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, p. 3 y ss.

El silencio del legislador no garantiza derechos a las personas convivientes: los miembros de la unión quedan librados a los azares de juicios de diverso tenor, si opera la ruptura, o a las vicisitudes del desarrollo de sus proyectos comunes y personales, en caso de arribar a un final no traumático. Por eso la protección de los convivientes, depende del reconocimiento de esta forma familiar convivencial, en el derecho escrito, en nuestro caso.

Y, desde otra mirada, no puede equipararse la unión matrimonial a la unión convivencial, pues justamente, es la elección de las personas las que conforman una familia con el sello propio de sus protagonistas, y que la ley les permitirá —de aprobarse— en el futuro: es posible contraer matrimonio construyendo una familia basada en las nupcias, y es posible construir una familia basada en la unión convivencial —u otros parámetros—.

Si, al menos en este intento de reformas del Código Civil y Comercial, se persiguiera la equiparación o la igualdad de la unión matrimonial y de la unión convivencial, entendemos que no sortearía el test de razonabilidad y constitucionalidad, pues no puede la ley obligar a los miembros de la unión convivencial, con la misma ley que impone a los miembros de la unión matrimonial.

Para el sistema que intenta respetar la diversidad que surge del ejercicio de la autonomía personal, el matrimonio no puede erigirse como el único instrumento jurídico para provocar consecuencias a diversas formas familiares que en la realidad, los ciudadanos y ciudadanas van conformando.

2.1.2. Principio de no discriminación por el estado de familia

El matrimonio y la unión convivencial, hemos referido, no son idénticas familias, luciendo cada una con caracteres propios y con opciones diferentes.⁽¹⁶⁾

Entonces, una regulación para el matrimonio y una regulación para las uniones convivenciales, no conforman una violación al principio de igualdad. Pero, si el trato diferente a los miembros de la unión matrimonial y a los miembros de la unión convivencial, y a sus entornos, es diferente, deberá fundarse en distinciones que sean razonables.

(16) Ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, T. I, Bs. As., Ediar, 2006, p. 78 y ss.

En el derecho vigente argentino, a julio del año 2013, se ignoran por el sistema las uniones convivenciales, por lo que la diferencia de trato entre la unión convivencial y el matrimonio, es claramente irrazonable en términos constitucionales.

Así, se otorgan derechos a los cónyuges, que emergen de la convivencia, y no se otorgan a los convivientes, que igualmente desarrollan un proyecto de vida común.

2.1.3. La solidaridad familiar y el resguardo de un núcleo mínimo de garantías

La libertad de concretar el proyecto de vida autorreferencial,⁽¹⁷⁾ con el respeto por la dignidad de los otros miembros del grupo y la solidaridad familiar, no puede desconocer los derechos fundamentales que pueden estar en juego.

El resguardo de la autonomía personal no puede llevar al derecho a desconocer, justamente, el paradigma constitucional vigente con la afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la unión, ni puede dar lugar a situaciones que transluzcan injusticias, que no tolera el actual modelo humanitario.

Se persigue un modelo de unión convivencial, basado en la autonomía personal, que reconozca la responsabilidad y la solidaridad, como límites del propio sistema: el riesgo de un ejercicio anti funcional de los derechos por alguno de los miembros de la pareja puede provocar un daño en el otro, particularmente en el momento más álgido del desarrollo histórico de la unión, como es el cese o ruptura de la convivencia.

Debe pensarse en un proyecto global de los convivientes, que tiene que contemplar los efectos "internos" —entre los convivientes—, y frente a los terceros —"externos"—. Así, deberá decidirse el régimen de los bienes adquiridos durante la unión convivencial, o el impacto de la ruptura de la

(17) LLOVERAS, NORA; SALOMÓN MARCELO J., "Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias", en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 51, Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras y Aída Kemelmajer de Carlucci (dirs.), septiembre 2011, Bs. As., Abeledo Perrot, 2011, p. 1 y ss.

unión frente a la casa familiar y hogar convivencial, entre otros temas. Y frente a terceros, deberá pensarse en la respuesta patrimonial por deudas, si se consagran ante terceros los efectos de las “cargas familiares”, entre otras cuestiones relevantes.

El Proyecto de Código persigue comprender en las relaciones de familia, la basada en la unión convivencial, con un abordaje que incluya a todas las familias, y que levante “barreras” acertadas al quiebre de los derechos fundamentales. Se incluye en la propuesta, las uniones convivenciales de diferente sexo y del mismo sexo en la línea de la ley 26.618 del año 2010.

La nueva Ley de Matrimonio Igualitario (26.618), que suprime el requisito de la heterosexualidad, conlleva que no existen fundamentos que justifiquen la exclusión de las parejas del mismo sexo y, en consecuencia, la pareja de convivientes puede ser tanto heterosexual como homosexual.

2.2 | El piso mínimo de toda unión convivencial: los derechos fundamentales

En este punto conviene poner de relieve que para el reconocimiento de los efectos de las uniones convivenciales no se requiere la inscripción registral de las mismas, las que pueden probarse libremente, según las leyes procesales. Pero, si la unión se inscribe, ese registro constituye prueba suficiente de su existencia, la que subsistirá mientras no se acredite la cesación.

Por ello, el modelo proyectado responde a la realidad y a la formalidad: las consecuencias nacen tanto de la convivencia registrada, como de la mera valoración de las circunstancias, respetándose la posible diversidad de las relaciones de pareja.

Estén o no registradas las uniones convivenciales, hayan o no formulado un pacto de convivencia (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 513), se establece un piso mínimo que no puede ser negociado ni dejado de lado, ni derogado ni modificado por los convivientes: es el conjunto normativo integrado por los arts. 519, 520, 521 y 522 del Proyecto de Código.

Esta núcleo "duro" comprende la asistencia entre convivientes,⁽¹⁸⁾ la contribución a los gastos del hogar,⁽¹⁹⁾ la responsabilidad por deudas frente a los terceros,⁽²⁰⁾ y la protección de la vivienda familiar.⁽²¹⁾

Obsérvese que no obstante el predominio asignado a los pactos de convivencia en función del ejercicio de la autonomía personal, la posibilidad de su realización encuentra algunas limitaciones en ciertas materias donde el ordenamiento legal prevalece.

El proyectado art. 513 del Código Civil y Comercial expresamente establece que los pactos celebrados por los convivientes no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en relación a la asistencia recíproca que se deben (art. 519), la contribución a los gastos del hogar (art. 520), la responsabilidad por deudas frente a terceros (art. 521), y la protección de la vivienda familiar (art. 522).

De la normativa del Título III, Capítulo 2 del Libro Segundo, se colige que la autonomía personal de los convivientes para la concreción de los pactos reconoce dos restricciones legales:

- I. no podrán ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de sus integrantes (art. 515 CCyC); y

.....

(18) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 519: "**Asistencia.** Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia".

(19) *Ibid.*, art. 520: "**Contribución a los gastos del hogar.** Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455".

(20) *Ibid.*, art. 521: "**Responsabilidad por las deudas frente a terceros.** Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461".

(21) *Ibid.*, art. 522: "**Protección de la vivienda familiar.** Si la unión convivencial ha sido inscrita, 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 esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada 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".

2. no podrán dejar sin efecto algunas disposiciones, las que se denominan " piso mínimo obligatorio " o " núcleo duro " o " régimen primario ".⁽²²⁾

En este campo, puede detectarse cómo juegan, armonizándose, las reglas de la libertad con el principio de responsabilidad y solidaridad en la regulación de las uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil.

3 | Las normas propuestas para la armonía y para la desarmonía en las uniones convivenciales

La nominación enlaza una conceptualización de las uniones convivenciales que implica demarcar el lenguaje jurídico utilizado, anhelando a nombrar las instituciones con precisión técnica y a que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad le asigna.⁽²³⁾

Unión convivencial⁽²⁴⁾ es fácilmente inteligible, accesible, es fácil de recordar y sencillo de explicar: unidos en la convivencia, o convivencia de los dos o de las dos; juntos todos los días, la coexistencia cotidiana, por mencionar algunas expresiones.

En la doctrina nacional, se refiere a "pareja no casada", "unión libre", "matrimonio de hecho", "matrimonio aparente", "vida marital sin libreta", "unión marital de hecho", "parejas estables", "unión de hecho", etc. En algunos supuestos, estas expresiones están afiliadas a calificativos peyorativos y discriminatorios que revelan la censura social y jurídica —como con la denominación "concubinato"—.⁽²⁵⁾

Se consignan en el Título III ("Uniones convivenciales") del Libro Segundo y en cuatro Capítulos —arts. 509 a 523—, la constitución de la unión con-

(22) PELLEGRINI, MARÍA V., *op. cit.*

(23) AZPIRI, JORGE O., *Uniones de Hecho*, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 23.

(24) LLOVERAS, NORA; y SALOMÓN MARCELO J., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, *op. cit.*, p. 380 y ss.

(25) Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191/2011, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, Fundamentos. Título Preliminar, p. 486 y ss.

vencial; luego los pactos convivenciales; en tercer lugar, los efectos de las uniones durante la convivencia; y por último, los efectos ante la ruptura o cese de la unión.

Los caracteres de la unión convivencial se han diseñado sobre la construcción de la doctrina y jurisprudencia argentinas, ya elaborada:

- a. la convivencia afectiva y sexual entre dos personas;
- b. quedan excluidas las relaciones meramente laborales, de amistad, e incluso de noviazgo, o asistenciales, o convivencias puramente habitacionales, entre otras;
- c. el elemento volitivo, la voluntad de convivir compartiendo un proyecto de vida común ha de ser constante y se presume por el hecho de la cohabitación;
- d. la relación es pública y notoria, lo que excluye las formas ocultas y secretas;
- e. se trata de una comunidad de vida con pretensiones de estabilidad, duración o permanencia. En este punto, se ha optado por establecer un plazo mínimo de dos años de convivencia para la configuración de la unión convivencial;
- f. para encontrarse alcanzada por la regulación, se requiere que se trate de una unión singular entre ambos miembros, cuestión que excluye toda forma de colectivización de las relaciones afectivas: se tratará de una unión monogámica, sean uniones heterosexuales u homosexuales;
- g. se comprenden las uniones del mismo y de diferente sexo, como ya se refirió.

Puede entenderse que la unión convivencial ostenta la ausencia de las formalidades del matrimonio, pues se trata de una regulación diferenciada y paralela al matrimonio, en reconocimiento del derecho a formar una familia no matrimonial, con efectos propios. En dichas uniones, puede formularse un pacto de convivencia, en cuyo caso los efectos se rigen por el contenido de tal pacto.

Ya se ha señalado que en el pacto no puede dejarse de lado el piso mínimo de los arts. 519 a 522 del Proyecto de Código Civil y Comercial. Si bien pueden ejercer la autonomía personal para regular la unión convivencial a través del pacto, lo que reconoce la autonomía personal de los convivientes para acordar las consecuencias de su vida en común, así como el respeto a su derecho a no contraer matrimonio, al tiempo que justifica la improcedencia de un estatuto integral imperativo, pueden no pactar. Si pactan, se sujetan a ese pacto, y si no formulan pacto convivencial, se sujetan a las reglas del Título III.

Los acuerdos entre los convivientes que regulan los efectos de sus relaciones conforme a pautas por ellos postuladas, representan una forma eficaz para evitar en el futuro un sinnúmero de problemas, que pueden ser previstos con anterioridad: los propios convivientes e interesados pueden detectar sus deseos, sus necesidades e intereses, concretándolos en un convenio.⁽²⁶⁾

Esta norma reconoce la autonomía personal de los convivientes para pactar las consecuencias de su vida en común, lo que implica el respeto a su derecho a no contraer matrimonio, al tiempo que justifica la improcedencia de un estatuto integral imperativo, a título ejemplificador.⁽²⁷⁾

Los acuerdos entre los convivientes que disciplinen los efectos de sus relaciones conforme a pautas o criterios por ellos elegidos, aparecen como una forma idónea para evitar una gran cantidad de problemas que pueden suscitarse en el futuro, pues nadie mejor que los propios involucrados para conocer sus deseos, necesidades e intereses y plasmarlos en un convenio.⁽²⁸⁾

3.1 | Las normas para la convivencia

Es correcta la metodología de contemplar por separado los efectos de la unión convivencial durante la convivencia o, si se quiere, la armonía y las consecuencias de la unión, cuando opera el cese o ruptura de ella.⁽²⁹⁾

En primer término, se prevé la posibilidad de celebrar un pacto de convivencia (art. 518, Proyecto de Código Civil y Comercial) y, a falta de pacto, se prevén las secuelas en el Título III, Capítulo 3.

(26) KRASNOW, ADRIANA N., "Las uniones convivenciales", en Julio Cesar Rivera (dir.); Graciela Medina (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 371 y ss.

(27) Véase sobre el tema: FAMÁ, MARÍA VICTORIA, "Convivencias de parejas: aportes para una futura regulación", en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 52, Cecilia P. Grosman; Nora Lloveras y Aída Kemelmajer de Carlucci (dirs.), "Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones", Bs. As., Abeledo Perrot, noviembre de 2011, p. 55 y ss.

(28) Desde otra óptica, véase: CÓRDOBA, MARCOS M., "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Proyecto de Código Civil y Comercial, n° 1, 2012 -2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 329 y ss.

(29) Ver LLOVERAS, NORA, "Convivencias de parejas heterosexuales y los efectos patrimoniales", en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 46, Cecilia P. Grosman (dir.), *Las relaciones de hecho en la familia*, Bs. As., Abeledo Perrot, julio/agosto 2010, p. 159 y ss.

El pacto de convivencia (arts. 513 a 517, Proyecto de Código Civil y Comercial) puede contener diversas materias, entre las que se destaca la propiedad de los bienes adquiridos durante la unión y su eventual división frente a la ruptura de la convivencia (art. 514, Proyecto de Código Civil y Comercial).

La administración y disposición de los bienes se regulan también por el pacto, y a falta de pacto, cada uno de los convivientes tiene la libre administración y disposición de los bienes adquiridos durante la unión (art. 518),⁽³⁰⁾ lo que exhibe restricciones, en especial en la vivienda familiar y su ajuar (art. 522).

Los convivientes se deben asistencia (art. 519, Proyecto de Código Civil y Comercial), lo que responde a un proyecto de vida en común, y a la convivencia que se sostiene, comprendiendo tanto el aspecto material como moral.

En cuanto a la contribución a las cargas o a los gastos del hogar, los convivientes también pueden acordar la forma en que van a contribuir a los mismos (art. 514) y, a falta de pacto, como régimen supletorio, se aplica el art. 520 que norma que "los convivientes tiene la obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455", remitiéndose —por esta vía— al deber de contribución de los cónyuges, que se fija en los siguientes términos: los convivientes deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, de acuerdo a sus recursos, extendiéndose a los hijos menores de edad o con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los miembros de la unión, siempre y cuando convivan con ellos.

La responsabilidad por las deudas frente a terceros es solidaria en los casos que se prevé (art. 521), por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad al art. 461, norma que establece para

.....
(30) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 518: "Relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia.

A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella".

los cónyuges la solidaridad para solventar las necesidades del hogar, y el sostenimiento y educación de los hijos comunes o de los hijos de uno de los cónyuges que conviven con ellos y son menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

La vivienda —así como los muebles indispensables, el llamado “ajuar”— luce protegida en todo el Proyecto de Reformas.⁽³¹⁾ En particular, el hogar de los convivientes —hogar convivencial o vivienda familiar— se tutela conforme al art. 14 *bis* CN, en el art. 522 la protección entre los convivientes y la protección frente a terceros. Es requisito de la tutela especial que la unión esté registrada.

3.2 | Las normas frente el cese de la unión convivencial

El momento de la unión convivencial que mayores debates y preocupaciones ha originado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es la ruptura o cese de la unión, espacio en el que suelen plantearse todos los conflictos.

El capítulo 4, del Título III, del Libro Segundo, se denomina “Cese de la convivencia. Efectos”. Sin embargo, el primero de sus artículos (523) enumera las causas del “cese de la unión convivencial”.

Las causas de cese de la unión enumeradas en el art. 523 son:⁽³²⁾ a) la muerte de uno de los convivientes; b) la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) matrimonio

(31) Véase Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Primero, art. 244 y ss.

(32) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 523: “Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa:

- a. por la muerte de uno de los convivientes;
- b. por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;
- c. por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;
- d. por el matrimonio de los convivientes;
- e. por mutuo acuerdo;
- f. por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;
- g. por el cese de la convivencia. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común”.

o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) el matrimonio de los convivientes entre sí; e) el mutuo acuerdo; f) la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) el cese de la convivencia.

Los principales efectos del cese contemplados en el Proyecto son los que se enuncian a continuación.

El art. 524 del Proyecto de Código Civil y Comercial⁽³³⁾ estatuye la compensación económica, otorgando al conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, la posibilidad de accionar por compensación económica contra el otro conviviente —en el matrimonio la previsión aparece en el art. 441 y 442—.

Es una obligación de origen legal, de contenido patrimonial y que se origina en la solidaridad familiar, persiguiendo reparar las consecuencias económicas de la ruptura, que tiene características propias.

Puede acordarse por medio del pacto de convivencia, o en su caso, ser fijada por el juez, enunciándose las pautas para su fijación (art. 525).⁽³⁴⁾

(33) *Ibid.*, art. 524: "Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

(34) *Ibid.*, art. 525: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a. el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
- b. la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;
- c. la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
- d. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
- e. la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
- f. la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523".

Cobra relieve que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia.

Por otra parte, se estatuye sobre la distribución de los bienes: se otorga a las partes la posibilidad de pactar la distribución de los bienes en caso de ruptura. Verbigracia, las partes pueden acordar que los bienes adquiridos durante la unión sean distribuidos por mitades o efectuar una distribución porcentual, o a través de otros parámetros. Si no existe pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).⁽³⁵⁾

Quedan preservados expresamente los principios relativos al enriquecimiento sin causa,⁽³⁶⁾ a la interposición de personas y otros que puedan corresponder, para aplicar la norma precedentemente consignada (art. 528).

También se regula la atribución del uso de la vivienda familiar: obsérvese que según el art. 514, inc. b. del Proyecto de Código Civil y Comercial, el pacto podía regular la atribución del hogar común en caso de ruptura. A falta de pacto, el art. 526 prevé la atribución a uno de de los convivientes del hogar que fue sede de la unión convivencial, estableciendo un plazo:

- a. quien tiene a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o
- b. quien acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

A petición de parte, puede según el art. 526 citado,⁽³⁷⁾ establecerse:

.....

(35) *Ibid.*, art. 528: "Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder".

(36) El enriquecimiento sin causa se regula en los arts. 1794 y 1795, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

(37) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art. 526: "Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

- a. si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;

- a. una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda;
- b. que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos;
- c. que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. Se prevé la situación de un inmueble alquilado.

La atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes, tiene una previsión particular en el art. 527 del Proyecto de Código Civil y Comercial:⁽³⁸⁾ ante la muerte de unos de los convivientes, se otorga al supérstite la posibilidad de invocar contra los herederos del difunto el derecho real de habitación. Se exigen una serie de requisitos para que este derecho sea viable. Y la parte final del precepto, enumera las causales de extinción de este derecho antes del vencimiento del término. Estas razones son:

- a. si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial o contrae matrimonio; o
- b. adquiere una vivienda propia habitable o cuenta con bienes suficientes para acceder a esta.

.....

- b. si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el art. 523.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445".

(38) *Ibid.*, art. 527: "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. 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 (2) 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 esta".

4 | Nuestras conclusiones

A manera de síntesis, consignamos nuestras principales conclusiones.

4.1. | La mirada del Proyecto

4.1.1. La tutela

El derecho debe tutelar la familia matrimonial o formada sobre el matrimonio y, a la par, proteger otras formas familiares que evidencian elecciones de proyectos de vida diferentes, que no se basan en el matrimonio.

4.1.2. Libertad, solidaridad y responsabilidad

La libertad de la persona o de las personas para elegir un camino distinto para constituir una familia, no puede sentar un territorio familiar en el que esté ausente la solidaridad y la responsabilidad. Por ello, libertad, solidaridad y responsabilidad, de la mano, permiten la configuración de una familia convivencial, que la ley esboza: la unión convivencial.

4.2 | Los principios constitucionales

El derecho humano a la vida familiar, la dignidad de la persona y la igualdad, así como también la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar deben conjugarse y articularse en el resguardo jurídico de esta forma de vivir las relaciones afectivas.

4.2.1. Los pilares constitucionales de la unión convivencial

Los principios fundamentales que sostienen la propuesta son:

- a. la autonomía personal y el derecho a no casarse;
- b. el principio de no discriminación por el estado de familia; y
- c. la solidaridad familiar y el resguardo de un núcleo mínimo de garantías.

4.3 | El piso mínimo de toda unión convivencial: los derechos fundamentales

No obstante el predominio asignado a los pactos de convivencia en función del ejercicio de la autonomía personal, la posibilidad de su realización

encuentra algunas limitaciones en ciertas materias donde el ordenamiento legal prevalece.

4.3.1. Piso mínimo estricto

El proyectado art. 513 CCyC expresamente establece que los pactos celebrados por los convivientes no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en relación a la asistencia recíproca que se deben (art. 519), la contribución a los gastos del hogar (art. 520), la responsabilidad por deudas frente a terceros (art. 521), y la protección de la vivienda familiar (art. 522).

4.3.2. Prohibiciones en los pactos

Desde una mirada más abarcativa, se prohíbe que los pactos puedan ser contrarios al orden público, o al principio de igualdad de los convivientes, o que puedan afectar los derechos fundamentales de sus integrantes (art. 515 CCyC).

4.4 | Las normas propuestas para la armonía y para la desarmonía en las uniones convivenciales

Se consignan en el Título III (Uniones convivenciales) del Libro Segundo y en cuatro Capítulos —arts. 509 a 523—, la constitución de la unión convivencial; luego los pactos convivenciales; en tercer, lugar los efectos de las uniones durante la convivencia; y por último, los efectos ante la ruptura o cese de la unión.

4.4.1. Normas para la armonía convivencial

Es correcta la metodología de contemplar por separado los efectos de la unión convivencial durante la convivencia o si se quiere la armonía, y las consecuencias de la unión, cuando opera el cese o ruptura de ella.

Se prevén expresamente los pactos posibles entre convivientes, las relaciones patrimoniales, la obligación de asistencia, la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros, y la protección de la vivienda familiar.

4.4.2. Normas frente al cese de la convivencia

Se estatuyen las causas del cese de la convivencia, y se regula la compensación económica, las pautas para su fijación si fuere pertinente, la

atribución del uso de la vivienda familiar, y la atribución la vivienda en caso de muerte, así como la distribución de los bienes adquiridos durante la unión convivencial.

Los límites a la libertad en el régimen de bienes

por **MARIEL F. MOLINA DE JUAN**⁽¹⁾

I | Breves palabras introductorias

Reflexionar sobre los límites a libertad en el régimen de bienes del matrimonio, implica enfocarnos en un tema que trasciende la propia reforma del derecho familiar y desborda lo jurídico. Involucra lo cotidiano y lo doméstico, que envuelve la concreción del proyecto de vida personal y familiar que se pone en marcha con cada matrimonio.

La cuestión conduce al análisis, porque si hoy podemos detenernos a pensar en esos “límites”, es porque habrá una “esfera real y concreta de libertad permitida” para las decisiones de los esposos en relación a los efectos patrimoniales derivados de su matrimonio.

Estos “permisos” que el Proyecto confiere a las parejas matrimoniales importan una revisión y revalorización de sus potestades que se plasman en un cambio estructural del régimen, diríase que invierten los principios rectores desde sus propios orígenes. Es importante poner el acento en este renovado respeto a la capacidad de cada uno para comprender y decidir sobre aspectos centrales de su vida, con un anclaje en la concepción igualitaria y en la dignificación de la persona.

.....
(1) Doctora en Derecho. Investigadora Universidad Nacional de Cuyo. Docente Coordinadora de la Cátedra Familia y Sucesiones Universidad Champagnat, Mendoza. Miembro designado por la Comisión de Reformas del Código Civil para la reforma del derecho familiar. Abogada en ejercicio de la matrícula.

Y es precisamente por ello, porque la premisa es el reconocimiento de la “autonomía personal” de los esposos, que el derecho debe organizar algunas restricciones, cuyo estudio abordaré en los párrafos siguientes.

2 | El diseño propuesto

La regulación del régimen patrimonial del matrimonio diseñado en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial recepta el clamor de la doctrina y la jurisprudencia al incorporar la posibilidad de que los cónyuges opten por uno de los regímenes económicos ahora autorizados (comunidad de ganancias o separación de bienes).

De este modo, el derecho argentino abandona el sistema legal, único y forzoso⁽²⁾ de “sociedad conyugal”⁽³⁾ que regentea las relaciones económicas conyugales desde la época de Vélez Sarsfield —y que se mantuvo prácticamente incólume hasta el siglo XXI—⁽⁴⁾ y se abre paso el reconocimiento de la autonomía personal de la pareja conyugal como un bastión indiscutible.

.....

(2) La imperatividad del régimen vigente surge con toda claridad de los arts. 1218 y 1219 del Código Civil, que respondieron a la estimación que el codificador realizó sobre la necesidad de asegurar los fines éticos y morales de la familia, de evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros, de garantizar la protección de la mujer (parte débil de la relación) y de los terceros. Las razones dadas al elegir este régimen patrimonial y no otro, están suficientemente explicadas en su extensa nota al título II “De la sociedad conyugal”, Libro II, sección III del Código Civil. Se lee: “La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros”. La rigurosidad del sistema se completó con la prohibición impuesta a los esposos de celebrar algunos de los contratos de mayor trascendencia dentro de la vida económica de la sociedad, tal el caso de la compraventa, la cesión de créditos, la permuta, la donación, etc., así como con el establecimiento de pautas legales para la calificación de los bienes, sin que los esposos tengan facultad alguna para disponer en contrario (Ver Corte Suprema de Santa Fe, “C., R. v. A., M” 05/09/2006, Doc. Jud. 2007-1-914, Abeledo Perrot, N°: 1/70035088).

(3) Cámara de Apelaciones 5° en lo Civil y Comercial de Córdoba, “D., A. D”, 25/03/2008, Abeledo Perrot, N°, 1/70043907: “Nuestro Código Civil ha adoptado el régimen de comunidad, el cual se caracteriza por la formación de una masa común de bienes que se dividen entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen, este régimen de comunidad se distingue del de participación, en el cual, surge un crédito de uno de los cónyuges contra el otro, cuyo fin es igualar su patrimonios o los aumentos de éstos operados durante la vigencia del régimen”.

(4) Sin perjuicio de los cambios relevantes relativos a la cuestión de la gestión que reflejan la preocupación por la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer (leyes 11.357; 17.711 y 25.781)

En Libro 2° del Proyecto, referido a las relaciones familiares, incluye la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio, en el Título II con una solución propiciada y aceptada mayoritariamente que supera viejos cuestionamientos⁽⁵⁾ relativos a su ubicación en la parte de los contratos.⁽⁶⁾ El Capítulo I se ocupa de las disposiciones generales —convenciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio, disposiciones comunes a todos los regímenes—. El Capítulo II contiene la regulación completa y sistemática del régimen de comunidad, con un significativo mejoramiento en la formulación de sus normas; a la par que abandona la terminología vacía de contenido, recoge soluciones mayoritarias y toma posición en algunas cuestiones discutidas, e incorpora el régimen expreso de la indivisión poscomunitaria, la liquidación y la partición, salvando la vieja omisión y la deuda pendiente. Por último, el Capítulo III formula los aspectos centrales del régimen de separación de bienes.

3 | Principios rectores de la Reforma

La filosofía que atraviesa el Proyecto de Código Civil y Comercial exigió una cuidadosa revisión del entramado normativo del régimen patrimonial argentino.

El sistema de los derechos humanos vigente en nuestro país impone un delicado equilibrio entre los principios fundamentales de igualdad, libertad, y solidaridad.

La igualdad de los cónyuges, reconocida y consagrada no sólo por el sistema internacional sino también por las últimas reformas operadas en el régimen patrimonial del matrimonio (v. gr. arts. 1276, 1277 conf. ley 17.711 y 25.781), se manifiesta en la igual protección de los derechos económicos de los miembros del matrimonio. El principio tiene una manifestación dual: por un lado, prohíbe toda forma de discriminación tanto directa

(5) Roveda, considera “saludable” la incorporación de estas normas dentro del libro correspondiente a las relaciones de familia. Ver ROVEDA, EDUARDO, “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Julio Rivera (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 314.

(6) Resulta llamativo desde el punto de vista lógico que, no obstante el carácter imperativo de la sociedad conyugal, Vélez Sarsfield la haya regulado en el Título de los Contratos, pues si hay un área donde prima la libertad y la autonomía es precisamente en ésta.

como indirecta, y por el otro protege el derecho a la diferencia. Ambas son restricciones insuperables para el legislador.

La libertad involucra la protección de la vida privada y de la intimidad. Este derecho sólo debe ceder ante el daño directo a los derechos fundamentales de los otros; exige que el orden jurídico garantice la posibilidad de cada uno para diseñar y concretar su propio proyecto de vida sin injerencias arbitrarias por parte del Estado.

La igualdad proclamada confiere razonabilidad al ejercicio de la libertad para acordar cuestiones patrimoniales, pues presume que ambos cónyuges están en paridad de condiciones para realizar convenciones, en tanto parten de una situación jurídica y fáctica semejante.⁽⁷⁾ En el aspecto patrimonial, el reconocimiento de la igualdad ha constituido el terreno propicio para la apertura a la autonomía de la voluntad, desterrando así uno de los tradicionales argumentos en su contra: la desigual condición de la mujer. El fantasma del aprovechamiento de uno de los esposos sobre el otro ya no tiene razón de ser, aunque ello no implique caer en la ingenuidad de creer que la mera formulación de normas sea suficiente para lograr que los derechos humanos alcancen plena vigencia sociológica y que con ella se haya “esfumado” completamente la discriminación de género de la vida cotidiana, que tanto ha marcado la historia de la humanidad.

Por eso la solidaridad aparece con el contrapunto del sistema axiológico.

Desde la perspectiva del paradigma de los derechos humanos, la solidaridad familiar se redefine como “responsabilidad” con el otro, y especialmente, con aquellos con los cuales se comparte la vida familiar. Este principio incide estrechamente en el ejercicio de la autonomía y en la igualdad, ya que las vivifica y completa, aunque tiene un ámbito de actuación propio.⁽⁸⁾ La solidaridad tiene que ver con una cuestión de contribución y de colaboración en beneficio del otro, que responde a la búsqueda

(7) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO, *Régimen de bienes del matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 12.

(8) Ver PECES BARBA, GREGORIO y *et al.*, *Curso de derechos fundamentales Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 261 y ss.

del bien común.⁽⁹⁾ Además, se trata de una categoría con una profunda relación con la igualdad y la protección de cada uno en función de las propias necesidades,⁽¹⁰⁾ por eso actúa como un mecanismo de articulación que hace posible la igualdad en términos reales, a pesar de las naturales diferencias individuales de las personas.

Es cierto que la preocupación por la solidaridad familiar en el ámbito de las relaciones patrimoniales del matrimonio no es nueva.⁽¹¹⁾ El diseño de Vélez Sarsfield, profundamente desvelado por la "institución matrimonial" y por la tutela del miembro más débil (la mujer), sostenía una dinámica familiar que tomaba como punto de partida una base económica común para el sustento del grupo, con el propósito de asegurar esos principios que precisamente consideraba esenciales. Pero aquellas viejas ideas ya no pueden sostenerse en el siglo XXI; hoy el régimen patrimonial del matrimonio aparece, en realidad, como un delicado equilibrio entre "independencia y asociación", fruto de la igualdad de los cónyuges, la autonomía profesional de la mujer⁽¹²⁾ y las funciones asistenciales que destacan en la concepción ideológica del matrimonio.

Por ello, el legislador debe combinar el influjo de la libertad de cada uno de los miembros del grupo, con el debido respeto a la responsabilidad familiar. He aquí el desafío.

(9) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 2006, p. 287.

(10) BASSET, ÚRSULA, *Calificación de los bienes en la sociedad conyugal*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 363.

(11) Se ha sostenido con acierto la existencia de una íntima relación entre solidaridad familiar y seguridad económica, ya que ésta será en definitiva la vía que permitirá hacer posible la satisfacción de las necesidades de sus miembros. Al respecto, Kemelmajer de Carlucci recuerda que en el 5º Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Bruselas en junio de 1985, bajo la organización de la Universidad Católica de Lovaina, que tuvo por tema central el de "Familia Estado y Seguridad económica del individuo", se advirtió la tendencia legislativa hacia una familia que sirva para la realización de la seguridad económica humana, por ejemplo la atribución de vivienda en los momentos de crisis al "sujeto débil", el mantenimiento de la obligación alimentaria al hijo económicamente dependiente, el mantenimiento de relaciones patrimoniales de naturaleza asistencial después del divorcio, etc. (Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI; AIDA, *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Bs. As., Hammurabi, 1995, p. 34 y ss.).

(12) HERNÁNDEZ, LIDIA, "Fraude al Cónyuge" en Adriana Krasnow (dir.) *Relaciones patrimoniales*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, p. 286.

4 | Las tensiones entre autonomía personal y solidaridad

La esencia de la reforma consiste en la apertura para el ejercicio de la autonomía personal, que se convierte en “la regla” y se manifiesta mediante:

- a. la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales mediante las cuales los cónyuges o futuros cónyuges opten por uno de los dos regímenes autorizados por la ley (arts. 446, 449);
- b. la facultad de modificar el régimen elegido inicialmente o el legal supletorio (art. 449)
- c. la libertad contractual, en tanto el Proyecto suprime las restricciones para contratar entre los esposos.

La visión constitucional del derecho familiar y el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges coadyuvan a que ninguno de los argumentos esgrimidos en favor de las viejas restricciones —la incapacidad civil de la mujer casada, la necesidad de evitar vicios de la voluntad y la protección de terceros— puedan ser sostenidos. Resulta incongruente un sistema que reconoce a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes, pero que limita irrazonablemente la posibilidad celebrar contratos entre sí,⁽¹³⁾ argumento que se potencia desde la perspectiva del matrimonio de personas del mismo sexo. Si bien no se ha incorporado una regla expresa al estilo del Código Civil español (art. 1321),⁽¹⁴⁾ la supresión de todas las prohibiciones en los contratos especiales autoriza a sostener que no existen restricciones para contratar fundadas en su condición de cónyuges, sin perjuicio de que resultan aplicables los principios y normas de la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos.

Pero el ejercicio de estas potestades está condicionado por algunos límites de importancia, que reconocen dos vertientes. La primera de ellas, de orden general, y la segunda, de orden particular o específico.

(13) GIMÉNEZ, JORGE OSVALDO, *Cuestiones patrimoniales del matrimonio*, 3º ed. actualizada; Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 2009, p. 36.

(14) El art. 1321 CC Español dice: “podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

4.1 | Restricciones de orden general

1. Las restricciones de orden general surgen de los principios generales del derecho, el orden público, la buena fe, la prohibición del abuso del derecho, la seguridad jurídica, la protección de las personas menores de edad, y la prohibición de dañar a otros.
2. Una restricción de orden genérico se encuentra en la imposición legal a todo matrimonio de sujetarse a un régimen de patrimonio matrimonial. El sistema presenta un régimen legal supletorio, pues la seguridad de los esposos y de terceros no puede quedar librada a una eventual pasividad o silencio de los cónyuges; su existencia confiere tanto a los cónyuges que no han celebrado convención, como a los terceros que contraten con ellos, un alto grado de certeza y seguridad en cuanto a la regulación de las relaciones patrimoniales constante el matrimonio y a la suerte de los diferentes bienes finalizado el régimen. El régimen legal supletorio elegido es el de comunidad fundado en ser: a) el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, en este momento.⁽¹⁵⁾
3. El menú de opciones que el proyecto ofrece a los cónyuges, es quizás, la más importante restricción a la autonomía personal.

La apertura de la autonomía se encuentra aquí limitada, pues sólo se admite optar por el régimen de separación de bienes. Ante el silencio de los cónyuges o contrayentes, opera, el sistema supletorio. En otras palabras, se ha elaborado un régimen “convencional” de libertad limitada, pues los cónyuges deben sujetarse a uno u otro régimen tal cual está regulado por la ley.

Por otro lado, en el régimen de comunidad de ganancias, no hay posibilidad de realizar modificaciones a lo dispuesto por la ley, ni de alterar la estructura del mismo durante su vigencia, aunque es legítimo reconocer que la autonomía renace con fuerza luego de la disolución —posibilidad de realizar acuerdos de gestión en la indivisión pos comunitaria, convenios de partición de bienes, etc.—

4. Otros límites genéricos son: prohibición del abuso del derecho (art. 484), así como del fraude (arts. 473, 487), publicidad e inoponibilidad de las convenciones que provocan perjuicio a los terceros (art. 449), protección de los cónyuges menores de edad mediante la interdicción para celebrar convenciones por las cuales elijan el régimen o se realicen donaciones (art. 450).

(15) Ver Fundamentos elaborados por la Comisión creada por decreto 191/2011.

4.2 | Restricciones específicas

Los límites a la autonomía se encuentran sistematizados en una serie de restricciones específicas ubicadas en la sección 3° del primer capítulo, que contiene una enumeración de las “disposiciones comunes a todos los regímenes” —conforme la denominación preferida por Diez Picazo y Gullón—⁽¹⁶⁾ las que se aplican con independencia del régimen que regule los efectos patrimoniales, sea legal, sea convencional. Estas normas operan como el refugio del orden público matrimonial, y expresan una idea de asociatividad familiar⁽¹⁷⁾ que constituye la base de todo régimen conteniendo lo esencial, incluso, para los matrimonios que carecen de fortuna.⁽¹⁸⁾

En otras palabras, si bien se parte del reconocimiento de la plena capacidad jurídica de los cónyuges,⁽¹⁹⁾ el diseño legal brinda una protección mínima derivada de los principios de cooperación que sustentan al grupo, reflejando así la filosofía que subyace a la institución y gobierna a todos los matrimonios. Con ello responde a la idea de materializar los derechos humanos de cada uno de sus integrantes y propende a la realización plena de los fines individuales y grupales.⁽²⁰⁾

En el seno de los sistemas del derecho comparado, en los cuales se permite a los cónyuges la elección del régimen económico al cual someter su unión,

.....

(16) DIEZ PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO, *Sistema de derecho Civil*, 8° ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2001, vol. IV, p. 140.

(17) BASSET, ÚRSULA, "Modificaciones al régimen económico del Matrimonio en el Proyecto, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Proyecto de Código Civil y Comercial, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2012, p. 521.

(18) *Reformas al Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 46.

(19) Esta idea se encuentra reflejada en el Código Civil francés, cuyo artículo 216 (ref. 1965) explicita el principio de plena capacidad jurídica, aunque reconoce que los derechos de los cónyuges pueden ser limitados por efecto del régimen matrimonial o las disposiciones generales (dice su texto: *Chaque époux a la pleine capacité de droit ; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre*). Ver también MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Límites a la autonomía de la voluntad en las legislaciones de régimen matrimonial optativo, en *RDF*, 13, 1998, p. 139.

.....

(20) En este sentido, ver LLOVERAS, NORA, SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., Ed. Universidad, 2009, p. 116.

se ha acuñado la expresión “régimen primario”⁽²¹⁾ para referirse a este pleo normativo, pues el término “primario” responde a la existencia de normas “fundamentales” en el sentido de inderogables por los cónyuges, en contraposición a las disposiciones “secundarias” que son las que surgen de la voluntad de las partes manifestada al elegir el régimen de bienes del matrimonio o dejar que rija el previsto por la ley en forma supletoria.⁽²²⁾ No debe pensarse que estamos frente aun sistema económico matrimonial en sentido estricto, sino de un estatuto patrimonial básico cuya observancia es imperativa y que se deriva de la esencia del vínculo conyugal mismo. También se lo ha llamado con el mismo alcance, “estatuto patrimonial de base”, “estatuto fundamental” o “régimen primario imperativo”.⁽²³⁾

¿Qué es lo que debe ser inderogable dentro del régimen patrimonial? En el derecho comparado, ésta es una cuestión discutida —por ejemplo, en Italia— dentro del régimen de comunidad se impone la distribución por mitades; algunos autores sostienen hoy que esa inderogabilidad no tiene fundamentos serios.⁽²⁴⁾ En general, la imperatividad incluye el deber de contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad de uno de los esposos por las deudas contraídas para atender a las necesidades hogareñas o filiales y la protección de la vivienda común. También puede

(21) Como anticipé más arriba, Díez Picazo y Gullón prefieren hablar de “disposiciones generales y no de régimen primario, denominación que consideran equívoca, pues en pureza, no existe un régimen que sea simple y que se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos.” (*Sistema de derecho Civil*, Vol. IV; 8VA, Ed. Madrid, 2001, p. 140). En el mismo sentido, GUTIÉRREZ BARRENGOIA, *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Madrid, Dykinson SL, 2002, p. 132. Para la autora, esas disposiciones no constituyen por sí mismas fuente suficiente de regulación de relaciones pecuniarias entre cónyuges, sin perjuicio que se trate de una serie de normas de las que puede admitirse su carácter primario, dada la entidad de las materias que regulan y en tanto se refieren a cuestiones elementales para toda convivencia.

(22) HERNÁNDEZ, LIDIA BEATRIZ, “El régimen patrimonial del matrimonio, el rol de la autonomía de la voluntad”, en *Rev. Derecho Privado y Comunitario 2008- 2 Sociedad Conyugal II*; Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 13.

(23) SIMÓ SANTOJA, VICENTE, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 16.

(24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”; en *Derecho patrimonial de familia*, Córdoba, Alberoni, 2000, p. 156. La jurista nos ilustra sobre el valor del análisis comparado: se dice que en esta materia el derecho comparado no ayuda, hay que estar a las propias tradiciones. “No coincidimos con esta regla. Estar exclusivamente a las tradiciones puede indicar un inmovilismo nefasto; si nos hubiésemos atendido estrictamente a ellas, Argentina no hubiera dictado una ley de matrimonio civil, una de las que mas favoreció la consolidación de la familia argentina”.

contener disposiciones referidas a la igualdad entre los esposos, la libertad o restricción para contratar entre ellos, la facultad de representación de un cónyuge por el otro, la facultad de ejercer profesión o actividad lucrativa, la facultad para disponer libremente ganancias y salarios, después de satisfechas las cargas del hogar, la exigencia del consentimiento conjunto para actos de disposición de algunos bienes, o procedimientos de salvaguarda urgente, etc.

En el diseño proyectado, las restricciones recaen sobre el deber de contribución a las cargas del hogar común, la protección de la vivienda y los muebles indispensables del hogar y de uso personal, la solidaridad por las obligaciones contraídas para hacer frente a las cargas del hogar, y ciertas imposiciones en lo relativo al asentimiento conyugal y al mandato entre esposos. Veamos con mayor detenimiento cómo operarán:

4.2.1. La obligada contribución al sostenimiento del hogar común

El deber de “cooperación” entre los cónyuges (art. 431) impone la contribución para sostenimiento del hogar común, compartiendo esfuerzos y sacrificios en consonancia con sus posibilidades concretas,⁽²⁵⁾ cuestión que tiene una relevancia sustancial para la concreción del proyecto de vida común que está a la base de todo matrimonio

El art. 455 proyectado recoge esta obligación legal como relativa al plano interno de las relaciones económicas de la pareja conyugal.

¿Cómo se deberá contribuir?

La norma sigue los antecedentes del derecho comparado, que consagran el principio de “proporcionalidad.” Tal es el caso de España, que en el art. 1438 del Código Civil —referido al régimen de separación de bienes— expresa: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente

.....

(25) FANZOLATO, EDUARDO, “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el Mercosur”, en Cecilia Grosman (dir.) *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007; p. 139 y ss. Ver también PAIDAL ALBÁS, ADORACIÓN M., *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 1997, p. 28; RIBERA BLANES, BERGOÑA, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Colección privado 12, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 23/26.

a sus respectivos recursos económicos.”⁽²⁶⁾ Esta norma permite que los esposos pacten otra solución, cuestión que no se encuentra admitida en el régimen argentino (conf. arg. art. 454). En idéntico sentido, el art. 214 del Código francés (aplicable cualquiera sea el régimen patrimonial elegido por los esposos) dispone que si las convenciones matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, éstos aportarán en proporción a sus respectivos recursos (*facultés*).

Otros antecedentes del derecho regional siguen el principio de proporcionalidad, por ejemplo, el Código de Paraguay en el artículo 8° (“Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar y a solventar las necesidades de alimentación y educación de los hijos comunes, y de las de uniones anteriores que viviesen con ellos. Esta contribución será proporcional a sus respectivos ingresos, beneficios o rentas”), el Código de Familia de El Salvador en su art. 38 (los gastos de familia deben ser sufragados “en proporción a sus recursos económicos de los cónyuges”), la legislación chilena en su art. 134 (“El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie”).

En Argentina, no obstante el silencio normativo doctrina y jurisprudencia sostienen la misma solución producto de una hermenéutica integradora que conjuga normas constitucionales con el derecho reglamentario relativo al régimen matrimonial patrimonial y al ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 198, 265, 1300 Cód. Civil y 75 inc. 22 CN).⁽²⁷⁾

La obligación de contribuir no queda librada a la voluntad o capricho de los cónyuges; si uno de ellos no cumple, el otro puede demandarlo judicialmente para obtener la prestación. La fórmula legal tiene un alto valor pedagógico, pues deja en claro la forma de proceder, procurando asegurar la efectividad de las obligaciones que ella establece. Interpuesta la demanda, el juez puede recurrir a las más amplias facultades para su concreción: disponer las medidas cautelares que estime convenientes, aplicar sanciones conminatorias de carácter pecuniario a los fines de la observancia del mandato judicial (conf. art. 804); aplicar las medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria (arts. 550 al 553), etc.

.....

(26) Ampliar en RIBERA BLANES, BERGOÑA, *ibid.* p. 54.

(27) FANZOLATO, EDUARDO, *op. cit.*

Otra importante novedad se refiere a la consideración del trabajo doméstico como aporte al sostenimiento del hogar.

Puede observarse aquí cómo el postulado solidario atraviesa toda la Reforma en procura de la protección de la igualdad real de los cónyuges y la consideración de las personas más vulnerables del grupo familiar, sin desprestigiar que, desde el punto de vista monetario, el trabajo doméstico importa un “ahorro de un gasto”, ya que las tareas hogareñas realizadas por uno de los cónyuges evitan la erogación dineraria que significaría la contratación de un servicio sustitutivo rentado.⁽²⁸⁾

Es una norma valiosa porque, si bien es cierto que en la sociedad contemporánea la redistribución de los roles familiares no permite localizar el trabajo doméstico exclusivamente en la mujer, no puede negarse que todavía es frecuente que ella permanezca más tiempo alejada del mercado laboral para cuidar de los hijos y que las decisiones concernientes a la distribución del trabajo durante el matrimonio la tornen particularmente vulnerable.⁽²⁹⁾

En cuanto a su contenido, el deber de contribuir se encuentra limitado a los siguientes rubros:

a. Sostenimiento recíproco de los cónyuges.

La obligación de ambos abarca los gastos para su sostenimiento recíproco. Ello es natural, pues si obran en función de esa comunidad de vida que supone el matrimonio, ambos proveerán su mantenimiento. Ciertamente, durante la convivencia, “alimentos” como deber jurídico y “deber de sostenimiento recíproco” interactúan y no es fácil trazar un contorno nítido entre ambos.

b. Los gastos del hogar.

El concepto comprende todos los gastos requeridos para el desarrollo pleno del grupo familiar (salud, vivienda, servicios, mobiliario, conserva-

.....

(28) El valor del trabajo doméstico como aporte fue estudiado por Iñigo en relación a la distribución de los bienes generados durante la unión convivencial. La jurista desarrolló nociones de utilidad para aplicar en el caso del matrimonio. (ampliar IÑIGO, DELIA, “La distribución de los bienes generados durante la convivencia”, en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia Grosman*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2009, t. 1, p. 240).

(29) Ver BASSET, ÚRSULA, *La Calificación...*, op.cit., p. 359.

ción de los bienes, etc.), no sólo aquellos necesarios para la subsistencia, sino también los que tengan como finalidad hacer comfortable la vida familiar, por ejemplo, las erogaciones que conlleva el acondicionamiento e instalación de la vivienda, los desembolsos realizados durante las vacaciones o el tiempo libre, etc.; sin embargo, la composición y extensión de estos rubros depende en gran medida del nivel de vida de la familia fijado por los cónyuges y de la finalidad eminentemente familiar del gasto.

c. El sostenimiento de los hijos.

La obligación de contribuir incluye todo lo necesario para dar cumplimiento al deber alimentario derivado de la responsabilidad parental consagrado en el título VII.

El art. 658 establece como regla general que:

“Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos” y el artículo 659 delimita el contenido de la obligación de alimentos, que “comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio”.

No sólo se refiere a los hijos comunes del matrimonio; también contiene el sostenimiento de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapaces de uno u otro cónyuge que componen el grupo familiar conviviente, en completa sintonía con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.17. 5). En esta línea, el artículo 676 consagra el deber alimentario del progenitor afín respecto del hijo afín, dejando en claro el carácter subsidiario de este deber,⁽³⁰⁾ cuestión que denota la preocupación

(30) El art. 676 del Proyecto dice “La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

por evitar el abuso del derecho y consolidar la responsabilidad alimentaria del progenitor no conviviente. La valiosa propuesta arroja luz a diferentes cuestiones relacionadas con la responsabilidad alimentaria, que durante largos años no habían encontrado una solución clara en la jurisprudencia.⁽³¹⁾

Sólo quedan excluidos —por razones de toda lógica, ya que se refiere a los “gastos del hogar común”— los alimentos debidos a los hijos de uno solo de los cónyuges aún menores de edad, incapaces o con capacidad restringida que *no* viven en el mismo hogar. La solución es razonable pues aunque la idea sea tender a la protección del niño y el adolescente, resultaría un abuso obligar al progenitor aún a una prestación alimentaria cuando ni siquiera conoce al niño o no convive con él.

4.2.2. Protección de la vivienda familiar

El régimen patrimonial del matrimonio proyectando mantiene el principio de gestión separada, con fundamento en la plena capacidad jurídica de ambos esposos; como regla, cada uno de los cónyuges administra y dispone todos los bienes que son de su titularidad.

Pero esta autonomía de gestión encuentra un importante límite cuando se procura realizar ciertos actos sobre la vivienda en la que habita el grupo familiar.

Puede decirse, sin temor a exagerar, que la protección de la vivienda en el derecho proyectado, integra un verdadero “sistema” tuitivo, que va más allá, incluso, de la vivienda de la familia para comprender la tutela del derecho a la vivienda *de todas las personas*, frente a las acciones de terceros, de alguno de los miembros del mismo grupo familiar o del propio titular del inmueble, que pudieran perjudicar u obstaculizar el pleno goce del derecho reconocido (conf. arts. 244 y ss; arts. 443, 456, 522, 526). Este sistema de garantías “cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional, donde los estándares de reconocimiento han experimentado en las últimas décadas un considerable desarrollo”.⁽³²⁾

(31) Esta disposición ha sido aplaudida por la doctrina. Ver entre otros, PITRAU, OSVALDO FELIPE, “Alimentos y prestaciones compensatorias en el Proyecto 2012”, en *Revista DPyC*, 2012-2-539.

(32) PISSARELLO, GERARDO, *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuado como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, p. 76. Su

Recordemos que la ley 17.711 impuso una restricción al poder de disposición de cualquiera de los esposos y exigió el asentimiento del cónyuge no titular para la realización de ciertos actos de disposición o gravamen de los bienes.⁽³³⁾

El artículo 1277 responde a dos fundamentos diferentes:

1. en su primera parte se propone la protección al derecho (en expectativa) de cada uno de los cónyuges sobre los bienes de titularidad del otro, pues exige el asentimiento para disponer o gravar los bienes de mayor entidad económica.⁽³⁴⁾
2. la segunda parte supone una restricción al poder de disposición del titular dominial del bien en protección del interés familiar,⁽³⁵⁾ que evidencia una clara tensión entre el derecho de propiedad y el derecho habitacional del

.....

tutela está expresamente reconocida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, cuando garantiza "la defensa del bien de familia y el acceso a la vivienda digna", como también en una pluralidad de instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 16 y 25); La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (art. 5 inc. e III), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14, inc. h). La Convención de los Derechos del Niño parte del presupuesto de la garantía de un hábitat donde desarrollarse integralmente.

(33) Sobre las restricciones al poder dispositivo de los cónyuges, ver ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bs. As., Astrea, 2006, p. 607 y ss.; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de Familia*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2001, t. 1, p. 195 y ss; BELLUSCIO, AUGUSTO, *Manual de derecho de familia*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2011, p. 471 y ss.

(34) Esta restricción al poder de disposición tiene por finalidad la protección de los derechos patrimoniales del cónyuge no titular del bien. Procura prevenirlo de los actos de disposición del propietario, que puedan vulnerar los derechos en expectativa que posee respecto de los bienes de propiedad del otro. Además de su función tuitiva de los derechos patrimoniales, es interesante la función pedagógica que tiene esta disposición, pues ha servido para afianzar la idea de que el régimen patrimonial matrimonial argentino se asienta sobre los pilares de igualdad de los derechos económicos de ambos esposos, así como también para favorecer la toma de conciencia por parte de la mujer de su propio estatus jurídico. No se desconoce que también se han planteado fuertes críticas a esta exigencia argumentado, por ejemplo, que se basa en una presunción de fraude como regla en las relaciones jurídicas entre los cónyuges, lo que no puede admitirse como comportamiento habitual: "que algún marido haya defraudado a la mujer abusando de sus facultades administrativas, no puede ser argumento para justificar una norma que entorpece los negocios" (compulsar VIDAL TAQUINI, CARLOS, *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3º ed. actualizada, Astrea, Bs. As., 1987, p. 337).

(35) Cám. Nac. Civ. Sala F Causa libre n 483.779 (Expte. N° 17.428/03), "V., C. G. c/M., C. F. s/liquidación de la sociedad conyugal", 28/12/2007, eDial AA4535.

grupo.⁽³⁶⁾ Se refiere únicamente a la vivienda sede del hogar conyugal, y opera como un supuesto de *indisponibilidad relativa* del inmueble, al exigir el asentimiento del cónyuge no titular para disponerlo o gravarlo. La norma requiere que el inmueble esté habitado por **hijos menores o incapaces**; la protección se extiende después de disuelta la sociedad conyugal y con independencia de que se trate de un bien propio o ganancial, así como de la eventual imputación y valoración de culpas en la crisis matrimonial.

La doctrina criticó esta redacción, sostuvo que deja la verdadera protección a mitad de camino en tanto sólo opera a modo de “garantía relativa”, pues si se autoriza la venta y en tanto el disponente no tiene obligación de adquirir otro inmueble que cumpla el mismo fin, puede dejar a su grupo familiar sin techo. Por otro lado, y como no se trata de un supuesto de inejecutabilidad del inmueble, nada impide que su titular contraiga deudas y que los acreedores lo ejecuten quedando desdibujada la protección dispensada.⁽³⁷⁾ También se cuestionó la limitación de la garantía a la existencia de hijos menores o incapaces que habiten el hogar, y la falta de protección de los bienes muebles indispensables.

El Proyecto supera las críticas y deficiencias. Examinemos los aspectos centrales de la reforma:

1. La protección se organiza dentro de las **disposiciones comunes** a ambos regímenes, de modo que no sólo tutela la vivienda “ganancial” o “propia” sino también la vivienda “personal” de cualquiera de los cónyuges que se encuentren casados bajo régimen de separación de bienes, y se extiende también a la vivienda alquilada.
2. Se tutela la “vivienda familiar”, fórmula más precisa que la de “vivienda común”, utilizada por los proyectos anteriores y que había sido cuestionada por su indefinición.⁽³⁸⁾
3. El asentimiento se exige para disponer de los *derechos* sobre la vivienda familiar; de esta manera se encuentra prohibido cualquier acto que implique atentar, de cualquier forma contra el pacífico goce de su alojamiento por la

(36) LEVY, LEA y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA; *Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar*, en *Rev. Derecho privado y comunitario*. Sociedad Conyugal II, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008, p. 381 y ss.

(37) Ver el análisis de LEVY, LEA y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, *Ibid.*

(38) Ver MEDINA, GRACIELA, “Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del código civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1999 E 1050.

familia”,⁽³⁹⁾ sea mediante el ejercicio de derechos reales, sea mediante el ejercicio de derechos personales; quedan comprendidas la venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, como también la locación, comodato, etc.⁽⁴⁰⁾

4. Se protege a la vivienda familiar, haya o no hijos menores o incapaces que habiten en ella. Ello es correcto, pues los principios constitucionales que gobiernan el derecho matrimonial, el respecto por la dignidad de las personas y el pluralismo, imponen la protección de los derechos humanos de todas las personas, con independencia de que constituyan una familia integrada sólo por la pareja matrimonial o que en esa familia haya también hijos menores o incapaces.
5. El acto realizado sin el asentimiento es nulo. La nulidad puede plantearse dentro un plazo máximo, que funciona como plazo de caducidad, reducido a seis meses.⁽⁴¹⁾ El *dies a quo* puede operar (a) desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto de disposición; (b) no más allá de la fecha de la extinción del régimen matrimonial.
6. La protección de la vivienda familiar prevista en el artículo es tan extensa que comprende también la imposibilidad de ser ejecutada por deudas posteriores a la celebración del matrimonio, siempre que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno con la conformidad del otro.

Con acierto, la fórmula empleada reemplaza la del proyecto de 1993 que utilizaba la expresión “La vivienda común no puede ser embargada...”. De este modo se deja en claro que lo que se limita es la posibilidad de **ejecución del inmueble** por los acreedores de uno solo de los cónyuges, a fin de evitar que mediante la contracción de deudas —reales o simuladas— el propietario de la vivienda la comprometa sin intervención del otro cónyuge.⁽⁴²⁾ La solución resuelve definitivamente el problema que se había planteado en razón de los intentos de consagración normativa de la inembargabilidad de la vivienda única en las jurisdicciones provinciales, como el realizado por Constitución de la Provincia de Cór-

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Protección Jurídica...*, op.cit., p. 191; FANZOLATO, EDUARDO, op. cit.

(40) Ver MEDINA, GRACIELA, “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, ED 184 – 1306.

(41) Este plazo es mayor en el Código Civil francés, que lo extiende a dos años a contar desde el día en que el cónyuge afectado hubiera tenido conocimiento del acto, no pudiendo exceder de los dos años desde la disolución de la comunidad.

(42) Ver Proyecto y notas de la COMISIÓN DESIGNADA POR DECRETO 468/1992, *Reformas al Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 47; ver también SAMBRIZZI, EDUARDO, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2007, p. 403.

doba (conf. artículo 58).⁽⁴³⁾ Recuérdese que esta norma junto a la de la ley provincial 8067, que dispuso la inscripción automática como bien de familia de la vivienda única que cumpla con las condiciones que fija la ley nacional 14.394, fue declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Provincial⁽⁴⁴⁾ en un pronunciamiento que acató la jurisprudencia de la Corte Nacional.⁽⁴⁵⁾

7. La tutela se completa con la prohibición impuesta a los cónyuges por el art. 459, que si bien los autoriza a darse poder para que el otro lo represente en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, les prohíbe otorgarse a sí mismos el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar.

4.2.3. La protección de los muebles no registrables

Los bienes muebles que se encuentran en la vivienda, indispensables para la vida del hogar, sin los cuales no se permite el desarrollo de los proyectos personales de cada uno de los miembros de la familia,⁽⁴⁶⁾ se encuentran ahora expresamente protegidos.

El art. 456 expresa que para disponer de ellos o transportarlos fuera de ella se requiere el asentimiento.

.....

(43) El Art. 58 de la Constitución de Córdoba y su ley reglamentaria 8067 "reconoce un derecho social personal, en alguna medida ínsito e inalienable por su relación con la persona, que tiende a vincular necesariamente al inmueble que sirve de asiento a la vivienda con la finalidad que implica esta última. De este modo, el derecho constitucional da un paso más reconociendo no solamente la vinculación entre familia y su asiento patrimonial, sino entre la persona y su propia vivienda". (MIUÑO, ORLANDO M. "Vivienda única. Inconstitucionalidad de las normas que declaran su inembargabilidad. Inecutabilidad o inmunidad de ejecución, Córdoba, Advocatus, 1995, p. 21.).

(44) TSJ Córdoba en Pleno, 26/10/2009, Revista Abeledo Perrot, Córdoba, 2010, t. 1, p. 29.

(45) CSJN, "Romero c/ Lema", 23/06/2009, Revista Foro de Córdoba, Córdoba, Advocatus, t. 133-2009, p. 185.

(46) En el derecho comparado, el art. 1320 del Código Civil español dice: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial". Lacruz Berdejo con una interpretación amplia, sostuvo que no solo se encuentran comprendidos los actos de disposición en el sentido de enajenación, sino también los actos materiales que pueden implicar la destrucción de los muebles que amueblan la casa, sin importar que sean del cónyuge que los destruye, o incluso desplazarlos del lugar donde desempeñan su función (LACRUZ BERDEJO, "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares", en Pedro Viladrich, (coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, p. 28).

¿Qué bienes muebles están protegidos? La doctrina entiende que la norma se refiere a aquellos muebles que se pueden equiparar a los considerados inembargables.⁽⁴⁷⁾ Son los que se caracterizan por su destino accesorio y que se vinculan a la vivienda familiar, debiendo existir una adecuación razonable entre vivienda y mobiliario en función de las necesidades de la familia, las que serán valoradas por el juez, en cada caso, según las circunstancias concretas.

La protección de los bienes muebles se encuentra además en el art. 462 que tiene una doble finalidad: (i) reforzar la tutela de los muebles indispensables para el hogar y de los objetos destinados al uso personal de los cónyuges y (ii) completar la protección de los terceros de buena fe respecto de los actos realizados con uno de los cónyuges en relación a cosas muebles. La norma dispone la validez de los actos celebrados por uno de los esposos respecto de los bienes muebles sobre los cuales el contratante ejerza individualmente la simple tenencia.

Se requiere (i) que el acto sea a título oneroso; (ii) que el tercero contratante sea de buena fe; (iii) que el cónyuge contratante detente la "tenencia" del bien, sin exigir la posesión, pues para el tercero no es fácil distinguir si existe o no *animus domini* por parte del cónyuge que realiza el acto.

En consecuencia, no serán válidos aquellos actos que recaen sobre bienes que por su índole, el tercero no puede ignorar que son de uso común o que son del otro cónyuge porque son los empleados para su trabajo personal. Corresponderá en el caso concreto analizar si los bienes sobre los que se pretende contratar pueden ser catalogados dentro de estas excepciones, conjugando los principios de seguridad jurídica en los negocios con la protección de los muebles de uso personal o del hogar.

De la misma forma que en el caso de la vivienda familiar, el cónyuge perjudicado puede solicitar la nulidad del acto, dentro de un plazo de caducidad para la acción, restringido a seis meses de haber tomado conocimiento del acto, pero no más allá del cese del régimen patrimonial matrimonial (conforme argumento de los arts. 456 y 462).

(47) MEDINA, GRACIELA, "Régimen patrimonial...", *op. cit.*, MAZINGHI, JORGE, *La reforma en materia de familia*, ED 184 1538.

4.2.4. El asentimiento exigido

A fin de eliminar dudas sobre el alcance del requisito legal del asentimiento, aplicable a todas las disposiciones que se refieren a él en el régimen patrimonial del matrimonio (arts. 456, 470 y 505), el art. 457 establece que el asentimiento debe darse para cada acto en particular, con identificación no sólo del acto, sino también de sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etc).

Recordemos que el asentimiento es una declaración unilateral de voluntad, por medio de la cual el cónyuge no titular del bien presta su "conformidad"⁽⁴⁸⁾ para que el titular realice un acto de *disposición* que implica una afectación o compromiso de los derechos que tiene sobre ese bien.

Su otorgamiento no compromete el principio de administración separada, pues no hay co-disposición, sino que opera como "condición jurídica para la validez".⁽⁴⁹⁾ El único que presta el consentimiento, como exteriorización de la voluntad indispensable en la celebración de todo acto jurídico, es el vendedor. Lo contrario importaría dar al no titular el carácter de condómino.⁽⁵⁰⁾

La norma no expresa la forma en que debe prestarse el asentimiento; puede realizarse del modo que el interesado considere conveniente, sea por instrumento público o privado, sea verbalmente o por signos inequívocos,⁽⁵¹⁾ aunque en este último caso se puede plantear el problema de la prueba si el cónyuge que debió prestarlo lo desconociese después.

El asentimiento exigido por la ley puede prestarse con anterioridad al acto, en el momento del mismo, o luego de realizado, supuesto en que implica una confirmación del negocio celebrado sin el requisito legal, que por la omisión estaba sujeto a una acción de nulidad.

(48) Cám. Nac. Civ., Sala A, 30/07/1985, LL 1985-D-130.

(49) ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil. Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 2006, t. 1, p. 612.

(50) Cám. Nac. Civ., Sala K 24/02/2012 D. A., L. R. v. D. A., A. C. y otros; APJD 06/06/2012 Cámara. Ver también CS Tucumán, Sala civil y penal 08/06/2001, "Vuillermet, Paul Bernard c/ Jovic, Blas y ot. s/ cumplimiento de contrato. Escrituración", Abeledo Perrot N°: 25/5697.

(51) SAMBRIZZI, EDUARDO, *op. cit.*, p. 379. Ver también BELLUSCIO, AUGUSTO, *Manual de derecho de familia*, 10ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2011, p. 467.

Si se ha brindado en forma anticipada, estará supeditado a que se mantenga su vigencia en el momento de otorgarse el acto; esto es, que no haya sido revocado,⁽⁵²⁾ que el cónyuge que lo otorgó no hubiere fallecido o caído en incapacidad, y que no haya expirado el plazo si fue así condicionado.⁽⁵³⁾

En conclusión, el asentimiento requerido, tal como en el sistema vigente, se caracteriza por ser unilateral, siendo única parte el cónyuge no titular; no formal, siempre que el negocio para el cual se otorga también lo sea; especial, no cabe asentimiento anticipado general que cubra todos los actos futuros, revocable hasta la celebración del negocio para el que fue otorgado; anterior o posterior a la celebración del acto a que se refiere y, sustituible por vía judicial.⁽⁵⁴⁾

El art. 458 prevé la posibilidad de solicitar la autorización judicial o venia supletoria, para ciertos casos en que es imposible obtener el asentimiento o cuando existe negativa injustificada por parte del cónyuge que debe prestarlo. Se trata de una herramienta necesaria para evitar una injusta obstaculización de los actos de administración y disposición de los bienes de cada uno de los cónyuges.

Si la acción se intenta debido a la negativa del cónyuge no titular, el juez debe examinar que el acto no resulte lesivo para el interés de la familia; se defiere al magistrado el control de mérito del acto de disposición.⁽⁵⁵⁾ ¿En qué consiste este interés familiar invocado por el art. 458 del Proyecto de Código Civil y Comercial? Para valorarlo, el juez deberá despojarse de dogmas, preconceptos y abstracciones, pues no puede considerarse independiente del interés de las personas que integran la familia. Se identificará o confundirá con el de alguno de ellos y como concepto jurídico indeterminado, en cada caso, deberá surgir de un balance de los intereses

(52) Cám. Nac. Civ, Sala E 13.4.77 ED 73-472.

(53) AZPIRI, JORGE, *Régimen de bienes del matrimonio*, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 139.

(54) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de Familia*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2001, t. 2, p. 204 y ss.

(55) ZANNONI, EDUARDO, *op. cit.*, p. 632. En la jurisprudencia, ver Cám. Nac. Civ., Sala F - 28/12/2007, Causa libre n° 483.779 (Expte. N° 17.428/03) - "V., C. G. c/M., C. F. s/liquidación de la sociedad conyugal" elDial AA4535.

en juego confrontados con la prohibición del abuso del derecho y con el requisito de la solidaridad que debe regir las relaciones familiares.⁽⁵⁶⁾

La acción también podría intentarse por el tercero contratante; se ha discutido si debe ejercer la vía subrogatoria o si está facultado para interponer una acción directa contra el no titular para que preste el asentimiento o sea suplido por el juez. Para un sector de la doctrina, no cabe otra posibilidad que la subrogación en los derechos de su deudor (cónyuge disponente sin el asentimiento), sea porque no ejercita el derecho de requerir la autorización judicial supletoria, sea porque no obstante haberla iniciado es negligente para continuarla.⁽⁵⁷⁾ En cambio, otros ven posible que el tercero ejerza una acción directa, sin necesidad de subrogación, ya que la ley no limita el ejercicio de la acción al cónyuge propietario.⁽⁵⁸⁾

El sistema vigente innova y ofrece una posible solución para evitar el problema, porque el asentimiento no solo es exigido para los actos de disposición, sino también para las *promesas* de esos actos, supuesto que comprende al boleto de compraventa (artículo 470). Si bien esta norma se encuentra en el capítulo relativo al régimen de comunidad, en virtud de la trascendencia de los actos de disposición de derechos sobre la vivienda, parece razonable entenderla aplicable también a estos casos (sea el inmueble ganancial, sea propio o personal).

4.2.5. Restricciones al mandato

El art. 459 del Proyecto, autoriza a uno de los cónyuges a dar poder a otro para "representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el art. 456". En consecuencia, este núcleo duro, inderogable durante la vida matrimonial, se integra con la posibilidad de los esposos de otorgarse recíprocamente mandato.

El reconocimiento de este derecho encuentra un límite insalvable: del mismo modo que el proyecto del 1993, prohíbe dar mandato al cónyuge

(56) MIZRAHI, MAURICIO, *Familia Matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 2006, p. 137.

(57) SAMBRIZZI, EDUARDO, *op. cit.*, p. 470. GUASTAVINO, ELÍAS, "Subrogación en acciones derivadas de la falta de asentimiento conyugal", en *Revista Jurídica La Ley*, 151 967

(58) BELLUSCIO, AUGUSTO, *op. cit.*, p. 473.

cuando el encargo consiste en que el mandatario se de asimismo el asentimiento, aunque en aquel proyecto la interdicción se extendía a todos los supuestos que requerían tal conformidad, mientras en Proyecto 2012, la exclusión se limita al acuerdo del no titular para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles a que hace referencia el art. 456.

Establece expresamente que la facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones,⁽⁵⁹⁾ es decir, se impide a los cónyuges establecer prohibiciones que cercenen la facultad de dejar sin efecto el encargo otorgado, en consonancia con la doctrina, que consideró que el mandato entre cónyuges debía ser esencialmente revocable⁽⁶⁰⁾ y con el antecedente del art. 218 del Código Civil francés. Lo contrario implicaría autorizar una modificación del régimen patrimonial no admitida en este sistema, que solo faculta al cambio por otro régimen, pero no su alteración.⁽⁶¹⁾

4.2.6. Responsabilidad solidaria por las deudas para el sostenimiento del hogar

El Proyecto de Código Civil y Comercial mantiene la vieja distinción entre los dos componentes del pasivo del régimen patrimonial matrimonial.

1. la cuestión de la responsabilidad frente a terceros (cuestión de la obligación o pasivo provisorio) aplicable cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial vigente (art. 461), y
2. la cuestión de la contribución en la deuda, prevista solo en relación con el régimen de comunidad, definida por las cargas de la comunidad (art. 489) y las obligaciones personales (art. 490).

En lo referente a la responsabilidad frente a terceros, expresa un principio y dos excepciones.

Como principio, reitera la regla sentada en el año 1926 por el artículo 5 de la ley 11.357 y en consecuencia, cada uno de los cónyuges responde por

(59) LORENZETTI, RICARDO, en Alberto Bueres (dir.) y Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, comentario al artículo 1977, Bs. As., Hammurabi, 2007, t. IV- D, p. 308 y ss.

(60) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA; D' ANTONIO, DANIEL HUGO, *op. cit.*, p. 239; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Astrea, 1987, §285.

(61) Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/1992, *Reformas al Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 48.

las obligaciones por él contraídas con sus bienes: ninguno de ellos debe hacer frente a las deudas asumidas por el otro.

Esta regla expresada en las disposiciones comunes (art. 461), se reitera en la regulación de los dos regímenes patrimoniales admitidos. En la comunidad de ganancias, el art. 467 dispone:

“Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos;” en el régimen de separación de bienes, el art. 505 establece que “cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas excepto lo dispuesto en el art. 461”.

En consecuencia, lo relevante a los efectos de establecer con qué patrimonio se responde frente a los acreedores es la titularidad del bien, y tratándose de bienes registrables, la inscripción registral.⁽⁶²⁾ Como lógica consecuencia de este principio, el cónyuge no titular de un bien ganancial no puede impedir que el mismo sea ejecutado por los acreedores del titular.

Definida la regla, veamos ahora las excepciones.

Con buena técnica, igual que los proyectos anteriores,⁽⁶³⁾ aborda esta cuestión dentro de las disposiciones comunes a ambos regímenes, y por tanto su normativa es inderogable por voluntad de los esposos.

Se consagra la responsabilidad solidaria para responder por las deudas contraídas para; (i) satisfacer las necesidades ordinarias del hogar; (ii) el sostenimiento y educación de los hijos. Se trata de la otra arista de la obligación de contribuir al sostén alimentario de la familia explicitada al comentar el artículo 455.

El sistema estipula un supuesto de *solidaridad legal*⁽⁶⁴⁾ pasiva; en consecuencia, el acreedor puede exigir a cualquier codeudor (cónyuge) el cum-

.....

(62) Cam. Nac. Com., en pleno, 19/08/75; LL 1975 – D, 70.

(63) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión Jurisprudencial de la sociedad conyugal*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 1998, p. 40.

(64) PIZARRO, DANIEL R., Comentario al artículo 699 CC, en Alberto Bueres (dir.), Elena Highton, (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2006, 2A, p. 657.

plimiento íntegro de la prestación. La nota que caracteriza este tipo de obligaciones anida en la estructura del vínculo jurídico, que hace surgir una suerte de frente común de deudores.⁽⁶⁵⁾ Cada deudor responde por la totalidad de la deuda como si fuera único, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren corresponderle contra los demás codeudores. Se trata de obligaciones con unidad de objeto y causa fuente.⁽⁶⁶⁾

Esta solidaridad pasiva legal de los cónyuges tiene un doble propósito. Por un lado, proteger al acreedor para asegurarle el cobro de su crédito; de tal modo, ese tercero tiene derecho a requerir el pago a uno, o a ambos simultánea o sucesivamente (art. 833 del Proyecto de Código Civil y Comercial), confiriendo a cada uno de los cónyuges igual derecho a pagar la totalidad de la deuda. Por el otro, conforme a un criterio de justicia y equidad, ya no hace recaer el mayor peso de la responsabilidad solo sobre el cónyuge que ha contraído la deuda (conf. art. 6, ley 11.357); ambos pueden ser demandados por el cumplimiento de la obligación, y ambos responden con todo su patrimonio, sin limitaciones.

En razón de tratarse de obligaciones solidarias, para hacerlas extensivas al que no contrajo la deuda, el acreedor debe necesariamente haber accionado en su contra; de lo contrario, se vulneraría el derecho de defensa del no contratante.

Como la responsabilidad solidaria es de carácter excepcional, la enumeración legal de los supuestos a los que resulta aplicable es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de la razonable flexibilidad en la comprensión de cada categoría).

- I. El concepto de “necesidades de hogar” es siempre relativo a la realidad de cada grupo familiar; comprende todos los gastos requeridos para el pleno desarrollo de los miembros del grupo familiar, las erogaciones ordinarias del hogar y de los cónyuges e hijos: compra de comestibles, ropas para unos y otros, asistencia médica, hospitalaria, mobiliario doméstico, primas de seguros que cubren enfermedades o accidentes, salarios del personal de casa de familia, etc.

.....

(65) El art. 827 del Proyecto de Código Civil y Comercial dispone: “Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”. El art. 828 agrega: “La solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación”.

(66) PIZARRO, DANIEL R., *op. cit.*

Abarca todos los gastos en que incurran los cónyuges para sí y para sus hijos, sin importar si los beneficiarios son los hijos comunes o del otro, caso en que se trata de una “familia ensamblada”. Lo que cualifica la obligación como solidaria es el dato de la convivencia en el hogar.⁽⁶⁷⁾ Como se ha anticipado, esta disposición encuentra en consonancia con el deber de contribuir a los gastos del hogar, que abarca todos los gastos que insume la convivencia (art. 455).

La solidaridad solo tiene lugar cuando la deuda fue contraída para responder a necesidades “ordinarias”. La fórmula utilizada limita la responsabilidad del otro cónyuge solo a los gastos que guarden relación con el nivel de vida que lleva la familia; se excluyen los gastos suntuosos o de lujo, frente a los cuales solo responde aquel que ha tomado la deuda.⁽⁶⁸⁾ La valoración de las deudas comprendidas debería ser realizada en forma cuidadosa y siguiendo una pauta de interpretación estricta para evitar que la excepción termine transformándose en regla y se desdibuje el mentado principio de separación de responsabilidades.

2. La responsabilidad solidaria comprende también las deudas contraídas para el sostenimiento y educación de los hijos a) comunes del matrimonio, y b) no comunes que convivan con ellos; siempre que sean menores de edad, o si son mayores, que sean personas con discapacidad o con capacidad restringida.⁽⁶⁹⁾ En cambio, no se extiende a los gastos realizados para el sostenimiento del hijo de uno de los esposos que no convive con ellos. Insisto, además de la relación familiar debe existir convivencia dentro del mismo domicilio que justifique la extensión de responsabilidad al cónyuge que no contrató.⁽⁷⁰⁾

(67) Ampliar en HERNANDEZ, LIDIA, en Alberto Bueres (dir.) Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, Bs. As., Hammurabi, 2005, 3 C, p. 161.

(68) El art. 220 del Código Civil francés limita con mayor claridad las deudas alcanzadas. La norma actualmente vigente dice textualmente: “*Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l’entretien du ménage ou l’éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l’un oblige l’autre solidairement. La solidarité n’a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l’utilité ou à l’inutilité de l’opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n’a pas lieu non plus, s’ils n’ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante*”. La redacción originaria fue modificada en el año 1985. (www.legiferance.gov.fr 18/04/2013).

(69) Si bien la redacción originaria se limitaba a los hijos comunes, una modificación posterior incluyó también el caso de los no comunes, siempre que reúnan las condiciones previstas en la norma.

(70) AZPIRI, JORGE, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 176

La regla no contraría la vigencia del principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria del padre afín (conf. art. 676). El padre biológico, primer obligado alimentario en razón de la responsabilidad parental, será demandado sólo si contrajo la deuda. Si no contrajo la deuda, porque quien celebró el negocio fue el progenitor con quien el hijo convive, el progenitor biológico no podrá ser demandado pues carece de legitimación pasiva para ello, en cambio sí podrá serlo el progenitor afín, quien será responsable solidario por esa deuda en virtud de lo dispuesto por el art. 461. En este caso, si el acreedor lo demanda y ejecuta, siempre tendrá la acción de repetición frente al padre biológico, pues como se ha dicho, la obligación alimentaria del progenitor afín es de naturaleza subsidiaria.

Conforme los principios propios de la solidaridad, el cónyuge que ha pagado la deuda originada en la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar o de la educación de los hijos, podría ejercer respecto del coobligado, la acción de regreso o recursoria,⁽⁷¹⁾ para obtener una contribución acorde con las posibilidades de cada uno.

La acción de regreso está prevista en el art. 840 del Proyecto que establece: "El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda". En el caso de las deudas comunes de los cónyuges, la participación no es otra que la debida de conformidad con lo dispuesto por el art. 455, es decir, en proporción a los recursos, cuestión que exigirá indagar sobre las relaciones internas y las posibilidades de cada uno de ellos.⁽⁷²⁾

Es cierto que, tratándose de un matrimonio sujeto al régimen de comunidad, resulta bastante difícil pensar en el ejercicio de una acción de esta naturaleza, máxime porque si se produce la fractura conyugal y con ella el divorcio, estas deudas en definitiva serán cargas de la comunidad (con-

(71) El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda (conf. artículo 840 del Proyecto de Código Civil y Comercial).

(72) Explica Pizarro, siguiendo a Maynz, que "la acción de regreso debe concederse no en forma absoluta mecánica, sino en la medida del interés común que liga a los codeudores solidarios; para ello es menester indagar cuáles han sido las relaciones internas entre los coobligados solidarios al pago. De esa investigación surgirá la existencia o inexistencia de la acción de regreso y su medida" (A mayor abundamiento, PIZARRO, RAMÓN, *op. cit.*, 2 A p. 701).

forme lo dispuesto por los incisos 1 y 2 del art. 489). No obstante, puede resultar una herramienta útil en los casos de matrimonios que viven bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, que no comparten “deudas comunes” ni están sujetos al régimen de recompensa al momento de la liquidación. Para el ejercicio de la acción, se aplican los principios generales de la prescripción de las obligaciones, en cuanto a la suspensión de su curso y al cómputo de los plazos.⁽⁷³⁾

5 | Conclusiones

El Proyecto concreta el viejo anhelo de una buena parte del mundo jurídico contemporáneo argentino: el abandono del régimen patrimonial matrimonial imperativo y forzoso, que en algún sentido ha caído en una suerte de “de inconstitucionalidad sobreviniente”, pues si bien nació perfectamente válido, muchas de sus disposiciones han dejado de responder al paradigma constitucional vigente, y conllevan una intromisión arbitraria en la vida de las personas. Las modificaciones en las circunstancias sociales e históricas y en las valoraciones de la comunidad argentina provocaron cambios tan sustanciales que este régimen se ha tornado anacrónico y ha perdido “razonabilidad”, en tanto insiste en sostener artificialmente modelos desmentidos a diarios por una cotidianidad que la desborda.

La propuesta advierte que la realidad social no es uniforme ni única, sino que en ella coexisten diversidad de proyectos familiares, diversidad de ingresos y de educación, matrimonios en segundas nupcias, matrimonios de personas del mismo sexo, etc., a los que el orden jurídico debe responder más que con una solución estereotipada, con una oferta normativa que respete la especificidad y las necesidades de cada uno.

Pero esta autonomía no puede permitir conductas abusivas, el fraude, o el perjuicio al otro, ni autoriza actitudes egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas del matrimonio y la necesaria cooperación y

(73) El Proyecto mejora los textos del Código Civil. Los artículos implicados en el tema son: Artículo 2543. Casos especiales. El curso de la prescripción se suspende: a) entre cónyuges, durante el matrimonio; Artículo 2560.- Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de CINCO (5) años, excepto que esté previsto uno diferente.

solidaridad que es el sustento de la institución. Por ello, la propuesta consagra el conjunto de garantías mínimas que hemos estudiado en este breve trabajo.

Todo ello, sin perder la enorme fe ni el compromiso con el ejercicio de la libertad; ya lo decía el gran jurista italiano Francesco Santoro-Pasarelli a quien vale recordar:

“He aquí el sentido de mis enseñanzas. Una gran fe, compartida con el ordenamiento, en la libertad del hombre, con todos los inconvenientes, con todos los precios que se deben pagar por la libertad. Quisiera dejar esta fe en la libertad, como última palabra a aquellos que están dispuestos a sentir esa inspiración profunda”.⁽⁷⁴⁾

(74) Estas palabras, pronunciadas por el maestro italiano en una clase dictada en el año 1972, fueron recordadas por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”, *op. cit.*, p. 156.

Vulnerabilidad y derecho sucesorio

La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad

por **OLGA ORLANDI**⁽¹⁾

I | La vulnerabilidad: el riesgo y la falta de capacidades

Vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable.⁽²⁾ Se dice de la persona que es susceptible de ser lastimada o herida, ya sea física o moralmente.

El concepto de vulnerabilidad puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Si una persona carece, o encuentra disminuida su capacidad, se halla en situación de riesgo, debilidad, fragilidad, inseguridad.

Las personas con discapacidad son vulnerables en tanto sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, propiedades y su sistema de sus-

.....

(1) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UN de Córdoba). Abogada Especialista en Derecho de Familia (UN de Rosario). Profesora Adjunta de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) y de Práctica Profesional III, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UN de Córdoba). Profesora invitada a seminarios y carreras de posgrados, en distintas Universidades del país.

(2) Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española [en línea]: "(Del lat. *vulnerabilis*). Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. vulnerabilidad. Cualidad de vulnerable", www.rae.es vulnerable..

tento ante la muerte de quien proveía, apoyaba y/o satisfacía sus necesidades.

Cabe subrayar que la vulnerabilidad no es lo mismo que las necesidades: éstas tienen un carácter inmediato, mientras que aquélla viene marcada también por factores de más largo plazo.

La falta de capacidades físicas y psicológicas son una fuente importante de vulnerabilidad para las personas. En el plano psicológico, comprende las deficiencias y enfermedades mentales.

Ante esta situación, las acciones de la familia, la comunidad y el Estado deben orientarse no sólo a satisfacer necesidades, sino a reducir la vulnerabilidad dando mayor seguridad a las personas con discapacidad.

El fundamento de la tutela a las personas con discapacidad procede del principio constitucional de igualdad de oportunidades.⁽³⁾

En este trabajo se analiza las formas y el alcance con que el derecho sucesorio puede proporcionar una mayor seguridad a las personas vulnerables por su falta de capacidad.

2 | La vulnerabilidad de las personas con discapacidad: fundamentos de su tutela

Nuestra Constitución⁽⁴⁾ —en su art. 75, inc. 23— atribuye al Congreso la facultad de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

.....

(3) Art. 75, inc. 23 CN.

(4) La ley 24.430 —sancionada el 15 de diciembre de 1994 y promulgada el 3 de enero de 1995— ordena la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) contiene una innovadora visión sobre la discapacidad, en armonía con la perspectiva de los derechos humanos.

En Argentina esta Convención es receptada a nivel legislativo.⁽⁵⁾

2.1 | El modelo social de discapacidad

En materia de discapacidad, la mirada desde los derechos humanos instauró un cambio de paradigma que se sostiene en una serie de principios enumerados en el art. 3 CDPD: a) el respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, que reconocen la noción de derecho humanitario vigente en nuestro sistema jurídico.

Desde esta traza, la problemática es abordada desde una configuración multidimensional que tiende a posibilitar soluciones acordes a la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

La CDPD implanta, además, una visión dinámica y constructiva, "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".⁽⁶⁾

Así, el modelo social que la Convención impone sobre las personas con discapacidad prioriza elementos de carácter históricos, sociales, psicoló-

(5) Conforme ley 26.378 —sancionada en mayo de 2008, promulgada en junio de 2008 y publicada en BO el 09/06/2008—. Ver texto completo de la ley en www.infojus.gov.ar

(6) Preámbulo de la CDPD. Por datos y estadísticas, ver la sección *United Nation Statistics Division- Demographic and Social Statistics*, de la página web de Naciones Unidas <http://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/disability/disabmethods.aspx>

gicos, y también incluye el aspecto médico/biológico que, históricamente, se presentó como hegemónico en esta materia.

Según entiende este modelo social de discapacidad, las causas que la originan son en gran medida sociales. Desde esta perspectiva se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas —sin discapacidad—, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Esta concepción implica la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana.⁽⁷⁾

La implementación de acciones que lleven a vencer la barrera de la discriminación como fenómeno sociológico involucra a toda la sociedad y el Estado.⁽⁸⁾

2.2 | Un cambio de paradigma: sistema de apoyos y salvaguardias

El paradigma de la Convención estipula para las personas con discapacidad el surgimiento de un sistema de apoyos y salvaguardias que confronta con el anterior sistema de reemplazo y sustitución de la voluntad de la persona.

El sistema tradicional de representación —que se sostiene en la sustitución de la voluntad de la persona declarada “insana”— debe reemplazarse por una práctica de apoyos, asistencia y asesoramiento.⁽⁹⁾

Los cambios de paradigma obligan a pensar en soluciones normativas —en todos los ámbitos— que respondan a los principios del derecho humanitario a la hora de estructurar el sistema de tutela especial de las personas con discapacidad.

(7) PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, Ediciones Cinca, pp. 26/27.

(8) JARA ANDREU, ANTONIO, “Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social”, en Esperanza Alcain Martínez, Juan González - Badía Fraga y Carmen Molina Fernández (coords), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2006, p. 2.

(9) Ver Art. 12, incs. 4° y 5° CDPD.

En este trabajo se aborda específicamente las posibles soluciones en materia sucesoria, con especial alusión al derecho comparado y proyectado.

3 | El derecho sucesorio y la tutela a las personas con discapacidad

En un sistema jurídico, la regulación de la sucesión por causa de muerte depende del modo en que se regule y justifique la propiedad y la familia.

La familia es una institución social. En relación a ella, una de las finalidades básicas del Estado es promover que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad.⁽¹⁰⁾

En la familia, el elemento económico —patrimonio familiar— debe estar destinado a satisfacer los fines de la familia y las necesidades de sus miembros. Los bienes deben servir para el cumplimiento de los fines de la familia, en el que cobra especial significación la tutela o apoyo a las personas con discapacidad, teniendo en cuenta su vulnerabilidad.

Por su parte, el derecho sucesorio tiene en miras determinar a quién o quiénes y de qué modo se van a continuar las relaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular.

En materia sucesoria, los sistemas jurídicos tienden a brindar seguridad jurídica a través de la continuidad, en la persona del heredero, de las relaciones jurídicas cuya titularidad correspondía al causante, o a estructurar métodos de sucesión en los bienes.

Nuestro sistema sucesorio actual contiene normas de orden público que restringen el poder de disposición del causante y la realización de pactos sucesorios, lo que limita la posibilidad de proteger en forma especial o privilegiada a los sujetos vulnerables.

(10) "Una de las finalidades básicas del Estado es que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad y la familia sólo tiene sentido dentro de ese cuadro, lo que conduce, en nuestra opinión, a una reprivatización de los fenómenos familiares, y al mismo tiempo, a una disminución de los sectores que puedan ser considerados como de orden público" en DIEZ-PICAZZO, LUIS y GUILLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de derecho civil, Derecho de Familia y sucesiones*, vol IV, Madrid, Tecnos, 2001, p. 39.

La tendencia del derecho sucesorio moderno y la doctrina vienen marcando la necesidad de mayor autonomía de la voluntad en materia sucesoria,⁽¹¹⁾ lo que implica flexibilizar las normas de orden público que caracterizan las instituciones tales como la legítima hereditaria y las órdenes sucesorias, a fin de permitir la tutela de los derechos humanos fundamentales y una adecuación a las características del desenvolvimiento económico del siglo XXI.

3.1 | Los diseños en los modos de protección

Es ineludible diseñar un sistema de protección que contemple especialmente el contexto de vulnerabilidad de las personas discapacitadas.

Con fundamento en los derechos humanos, debe entenderse que la persona con discapacidad o minusválida requiere de una tutela legal diferenciada que comprenda también el ámbito sucesorio.

La tutela a las personas con discapacidad —en materia sucesoria— debe superar el mínimo legal señalado en el art. 12 de la ley 26.378 cuando alude al derecho “a ser propietarios y heredar bienes”.⁽¹²⁾

Debe abarcar tanto las normas de protección, apoyo y resguardo como las de flexibilización de las restricciones del derecho sucesorio, de tal manera que asegure la superación de los riesgos que emanan del estado de discapacidad de las personas, ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

La doctrina jurídica ha venido elaborando diferentes propuestas tendientes a su protección.

Así, se ha dicho que es preciso incorporar al esquema legitimario una normativa que posibilite una intervención judicial activa en el proceso de distri-

(11) Ver SALOMÓN, MARCELO J., *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2011; ORLANDI, OLGA, “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI”, en *Revista Derecho de Familia* (Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras (dirs.)), n° 53, Abeledo Perrot, marzo de 2012, p. 5 y ss.

(12) Art. 12, inc. 5, de la ley 26.378 (BO 09/06/2008): “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

bución de los bienes comprendidos en la legítima hereditaria. A través de este mecanismo, se abre la posibilidad de considerar aquellas circunstancias objetivas (indigencia, minoridad, vejez, enfermedad, discapacidad) que puedan particularizar el contexto vital de determinados herederos forzosos colocándolos en una situación desventajosa respecto de sus colegitimarios.⁽¹³⁾

Se perfilan soluciones como la mejora a favor del heredero con discapacidad y el diseño de un sistema de alimentos *post mortem*.

Desde la doctrina se afirma que “la creación de una mejora hereditaria a favor de los discapacitados es el resultado del reconocimiento de la función social de la herencia como equiparadora de posibilidades”.⁽¹⁴⁾

La mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos *post mortem*, parecen ser efectivos instrumentos para restaurar la situación patrimonial de la persona que dependía del causante.

Legislativamente, esta tutela especial —en el aspecto patrimonial— puede lograrse incrementando el patrimonio (mejora), o previendo un sostén periódico para el discapacitado (a través de los alimentos), amparando su vivienda (estableciendo un derecho habitacional), o bien resguardando la función del cuidador/a —lo que implica, lógicamente, destinar a dicha persona recursos económicos—.⁽¹⁵⁾

3.2 | Algunas soluciones en el derecho comparado

En el derecho extranjero se observan diversas soluciones. Algunas flexibilizan las restricciones⁽¹⁶⁾ o admiten los alimentos *post mortem*.⁽¹⁷⁾ Estas vías

(13) SALOMÓN, MARCELO J., “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 53, *op. cit.*, p. 54.

(14) CORDOBA, MARCOS M., “Las reformas en materia de sucesiones”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As, Abeledo Perrot, 2012, p. 1105.

(15) En España se prevé la función del “cuidador”(ley 41/03: Patrimonio de afectación en España).

(16) En España, conforme la ley 41/03: Patrimonio de afectación en España

(17) Ver apartado 3.2.3. “Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos *post mortem*”.

han sido requeridas por la doctrina nacional y por jornadas científicas,⁽¹⁸⁾ tanto en los aspectos sustanciales como procesales.

Se consideran algunas soluciones dadas en el derecho extranjero

3.2.1. Los herederos especialmente protegidos en el derecho cubano

El derecho cubano consagra una legítima calificada en aras a la protección de ciertos herederos, denominados como “herederos especialmente protegidos”.

Para gozar de esta protección el heredero del causante debe cumplir tres requisitos: a) el vínculo parental —ascendiente o descendiente— o conyugal; b) la dependencia económica al causante; y c) la imposibilidad de trabajar. En el caso de existencia de estos herederos se limita la libertad de testar a la mitad de la herencia.

Los requisitos legales han sido interpretados a través de la jurisprudencia. Se destaca que, a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, las dimensiones que el legislador cubano le da a los herederos especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento en este orden.⁽¹⁹⁾

3.2.2. La solución en el derecho español

La Constitución española sienta el principio de igualdad entre personas con discapacidad y otros ciudadanos. Dicha igualdad debe ser real y efectiva; los poderes públicos deben realizar una política de previsión, tratamiento, reha-

(18) Ver “El apoyo familiar: los discapacitados ante la muerte del cuidador y/o quien proveía a sus necesidades”, ponencia de la Dra. Olga Orlandi y Susana Verplaetse, presentada en la Comisión A1: “Familia, Personas y grupos vulnerables, violencia y Derechos Humanos” del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “Las familias y los desafíos sociales”, celebrado el 23/11/2012; Comisión 7: “Sucesiones”, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán, los días 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre 2011, en las que se votó por unanimidad que: “Merece atención el debido resguardo de los derechos de las personas vulnerables, entre otras, los menores, las personas con discapacidad, los adultos mayores”; CORDOBA, MARCOS M., “Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1, 28/03/2011.

(19) PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., “Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, n° 3, La Ley, abril, 2011, p.163; PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.), *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, p 141; LAGO VALDÉS, LISANDRA y GARCÍA LEÓN, LIUVA, “Los Herederos Especialmente Protegidos: una visión crítica de su regulación en el Código Civil Cubano”, vol. 10, n° 1, 2007 [en línea], <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-herederos.html>

bilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que debe la atención especializada que requieran, y el amparo necesario.⁽²⁰⁾

La ley 41/2003 reconoce, entre los fundamentos, la necesidad de que tal asistencia sea puesta a cargo de un patrimonio particular que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

Se busca así que los recursos económicos provengan de dos fuentes distintas: el Estado (servicios públicos, beneficios fiscales o subvenciones específicas) y de la propia persona con discapacidad o de su familia.

Dicha ley dispone la creación de una masa patrimonial (sin personalidad jurídica propia), especialmente protegida para las personas con discapacidad (art. 1), que tiene por fin la satisfacción de las necesidades vitales de ésta y cuenta con un régimen de administración y supervisión específico.

Esta reforma trajo aparejado algunas modificaciones en el derecho sucesorio que se enumeran (art. 10):

- a. Se incorpora como causal de indignidad la no prestación de las atenciones debidas a la persona con discapacidad —apartado 7 del art. 756 Código Civil (CC)—.
- b. En España, la legítima de los hijos está compuesta por las dos terceras partes de los bienes, siendo el restante tercio de libre disposición. Se permite mejorar a los hijos o descendientes con un tercio de los dos que componen la legítima. El tercio restante es la llamada legítima estricta (art. 808 CC).⁽²¹⁾ Se permite mejorar a la persona con discapacidad sobre el tercio que compone la legítima estricta, alterando así la regla de intangibilidad de ésta.⁽²²⁾

.....

(20) Art. 9.2 de la Constitución española.

(21) Art. 808 CC español: "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición". Nota: El tercer párrafo ha sido añadido por el art. 10 de la ley 41/2003, del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil; de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE, nº 277, 19/11/2003, pp. 40852/40863).

(22) BERCOVITZ RODRÍGUEZ y CANO, RODRIGO, "La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, BIB 2003\1448", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 16/2003, parte Tribuna, Pamplona. Editorial Aranzadi SA, 2003.

- c. Se faculta al testador a gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, siempre que ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (arts. 782, 808 y 813 CC español).⁽²³⁾
- d. Se protege el derecho de habitación de la persona con discapacidad, estableciendo que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario —persona con discapacidad— no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. El derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero no se podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten (art. 822 CC).⁽²⁴⁾
- e. Se faculta al cónyuge —en testamento— para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio o particiones, incluidas las

.....

(23) Se entendió que "al margen de las limitaciones establecidas por la Ley 41/2003 en orden a su utilización, la sustitución fideicomisaria se caracteriza por la existencia de una doble institución hereditaria con orden sucesivo, y para poder gravar el tercio de legítima estricta la ley exige que la condición de fiduciario recaiga sobre el hijo o descendiente judicialmente incapacitado (a través de su representante legal), el cual va a disfrutar como heredero o legatario del derecho de goce sobre los bienes hasta el momento en que deba producirse la delación fideicomisaria", en MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, "El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al 'trust'?", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 612. BIB 2004\90, Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2004; FERRER, FRANCISCO, "Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código", en *Revista Jurídica La Ley*, 1, 25/10/2012.

(24) Artículo 822 CC: "La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación".

Este artículo está redactado conforme al art. 10 de la ley 41/2003, del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil; de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE, n° 277, 19/11/2003, pp. 40852/40863).

.....

- f. que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (art. 831 CC).⁽²⁵⁾
- g. No estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (segundo párrafo del art. 1041 CC).
- h. El patrimonio no es susceptible de reducción, ni por lesionar la legítima del propio discapacitado, siempre que se encuentre dotado de bienes suficientes para atender sus exigencias de cuidado, manutención y sostén, ni por lesionar la legítima de los demás coherederos y que los bienes del *trust* no sean manifiestamente excesivos para satisfacer las exigencias del discapacitado y mientras que no se extinga el *trust* (cuya duración no puede ser inferior a la vida del beneficiado).⁽²⁶⁾

No se duda que la creación del patrimonio de afectación acarrea ventajas, aunque desde la doctrina española se observa que su escasa utilización obedece a lo poco “atractivo” que resulta ser en materia fiscal y al excesivo tecnicismo de la figura.⁽²⁷⁾

3.2.3. Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos *post mortem*

Los alimentos familiares *post mortem* aparecen en algunas legislaciones, en algunas, sustituyendo a la legítima y, en otras, complementándola.⁽²⁸⁾

Entre las regulaciones que consagran la intransmisibilidad de los alimentos por causa de muerte e instituyen la legítima hereditaria, podemos mencionar: el Código Civil argentino, que no admite la transmisión por

.....

(25) Ver el art. 831 CC español, redactado conforme al art. 10 de la ley 41/2003, del 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE, n° 277, 19/11/2003, pp. 40852/40863).

(26) MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al “trust”?”, *op. cit.*

(27) GALLEGOS PERAGÓN, JOSÉ MANUEL, “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, BIB 2011\77, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, n° 3/2011 (parte Estudio), Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2011.

(28) En materia alimentaria, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado. No obstante, se observa que estos principios doctrinarios van siendo dejados de lado en el derecho de varios países y es así como la institución alimentaria va adquiriendo características novedosas que se apartan de los principios tradicionales.

actos entre vivos o muerte del acreedor o deudor de los alimentos; la legislación de Bolivia (art. 26, Código de Familia), y la de Paraguay (art. 263, Código Civil), entre otros.

Consagran la obligación de proveer alimentos después de la muerte del causante los Códigos Civiles de: Quebec (arts. 684 a 686), Chile (art. 1167 y 1168), Colombia (arts. 1127 a 1229), Honduras (art. 1149), Nicaragua (arts. 1198 a 1200), Costa Rica (art. 595), Panamá (art. 386, Código de Familia, y 778, Código Civil), El Salvador (art. 1141, inc. 1), Guatemala (art. 936), México (arts. 1368 a 1376), Uruguay (art. 871).⁽²⁹⁾

El Código Civil de Aragón⁽³⁰⁾ regula el derecho a alimentos. Los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les corresponderían como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos. Estos derechos de alimentos sólo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general (art. 515).

Ya en las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* realizadas en Córdoba en el 2009 se votó por unanimidad la propuesta de lege ferenda: "Deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias *post mortem*".⁽³¹⁾

De una u otra manera se trata de resguardar el interés familiar proyectando las obligaciones que se fundamentan en la solidaridad familiar para después de la muerte de alguno de sus miembros. Así se observa el apar-

(29) Ver ORLANDI, OLGA E., "La Legítima y sus Modos de Protección", Ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 56 y ss.; y "¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?", en JA 2006-III-1034, Lexis n° 0003/012725.

(30) Nuevo Código Civil de Aragón (decreto legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas (BOA, 29 de marzo de 2011) [en línea], <http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=658948>. <http://www.iustel.com>

(31) *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil/ V Congreso Nacional de Derecho Civil* (Córdoba, setiembre del 2009), Comisión "Sucesiones: Indignidad, desheredación y legítima" [en línea], <http://www.derechocivilcba.com.ar>

tamiento de patrones estáticos (órdenes sucesorios), dando paso a necesidades concretas en el caso de existir personas con discapacidad.⁽³²⁾

La tendencia del derecho sucesorio comparado es armonizar el interés familiar y particular flexibilizando las restricciones de orden público para asegurar la subsistencia de los sujetos vulnerables.

4 | Los límites del derecho sucesorio vigente y la protección de los sujetos vulnerables

El sistema de legítimas constituye un régimen de equilibrio entre el principio de solidaridad familiar y protección económica de los familiares más próximos. Constituye un límite a la libertad de disposición del título gratuito de los bienes para después de la muerte.⁽³³⁾

La doctrina argentina mayoritaria se viene manifestando en el sentido de flexibilizar las restricciones que el derecho sucesorio argentino impone,

(32) Ver LLOVERAS, NORA; SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución nacional*, Bs. As., Editorial UBA, 2009; LLOVERAS, NORA; SALOMÓN, MARCELO, "Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias", en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo Perrot, n° 51, septiembre, 2011; ORLANDI, OLGA, *La Legítima y sus Modos de Protección*, op. cit. p. 56 y ss.; LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; VERPLAETSE, SUSANA, "Los alimentos frente a la colación y la reducción", en *JA*, Lexis Nexis, 17/04/2002 y *JA* 2002-II, Fasc. n° 3 (ponencia presentada en las *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bs As, 2001). Ver también ORLANDI, OLGA; EPPSTEIN, CONSTANZA; MUZIO, FLORENCIA, *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil/ V Congreso Nacional de Derecho Civil*, celebrada en Córdoba, setiembre de 2009, Comisión de Sucesiones: "Indignidad, desheredación y legítima", en *Libro de ponencias* n° 4, Advocatus, 2009, p. 91 y en <http://www.derehocivilcba.com.ar>; *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Comisión N° 7: Sucesiones, cit.; LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; KOWALENKO, ANDREA S., "La indivisión hereditaria y la legítima", en *C7-012*. [en línea], www.derehocivil2011.com.ar

(33) Los códigos latinoamericanos de la segunda generación (Bolivia, 1976; Perú, 1984; Paraguay, 1985; Brasil, 2002), han mantenido las legítimas, tanto como las últimas reformas producidas en Francia en 2006 —las cuales, si bien flexibilizaron el régimen, no alteraron ejes estructurales—. Tampoco se modificaron en las legislaciones española e italiana. En general, se postula el mantenimiento del sistema legitimario. Ver, en tal sentido, LEVA, MARCO, "Divietto di patti successori e tutela dei legittimari", en Stefano Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007, p. 307.

pregonando mayor libertad de disposición para materializar la tutela de los sujetos vulnerables.⁽³⁴⁾

Cualitativamente, las postulaciones de flexibilización y reforma del sistema de legítimas están dirigidas a disminuir el monto de las cuotas, ampliando la libertad de testar. Cualitativamente, apunta a emplear las legítimas para tutelar a las personas con discapacidad.

Se analiza la propuesta del Proyecto de Código Civil.

5 | Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino (2012): la protección de las personas con discapacidad

El Proyecto de modificación Civil y Comercial del 2012 amplía la protección a las personas con capacidad disminuida,⁽³⁵⁾ receptando los paradigmas de la CDPD.

.....

(34) Así se verifica en: 1) Recomendaciones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba (septiembre, 2009) y de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, (octubre, 2011). 2) El Proyecto de 1998, que propuso la reducción de las cuotas de legítimas (art. 2395: descendientes de 4/5 a 2/3; y ascendientes de 2/3 a la mitad) y, además, en el art. 2397 estableció que el testador puede constituir fideicomisos sobre bienes determinados, —aún cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento—, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad

(35) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume; las limitaciones a la capacidad son siempre de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31). El juez puede: a) restringir la capacidad de una persona mayor de trece años, que padece adición o una alteración mental permanente o prolongada; o, b) declarar su incapacidad por causa de enfermedad mental. En ambos casos debe designar un curador, o los apoyos que resulten necesarios, y fijar sus funciones (art. 32). Si el juez considera que la persona está en condiciones de conservar su capacidad, debe declarar los límites o restricciones a la capacidad, y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí misma. Se aplican las reglas relativas a la tutela (art. 38). Se puede declarar la incapacidad de la persona cuando ésta se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párr). La sentencia se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al margen de la partida de nacimiento (art. 39). Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la

El Proyecto propone reformas en algunos aspectos de la normativa sucesoria, destacándose la mejora a favor del heredero con discapacidad.⁽³⁶⁾

Aparte del tema que específicamente nos ocupa no podemos dejar de mencionar algunas disposiciones que amparan a los discapacitados en materia de alimentos y tutela a la vivienda, y que influyen en el derecho sucesorio.

5.1 | En materia alimentaria

En materia alimentaria,⁽³⁷⁾ en Argentina, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado.

Los alimentos familiares *post mortem* aparecen en leyes de numerosos países,⁽³⁸⁾ en algunas sustituyendo a la legítima y, en otras, complementándola.

No se consagran en el Proyecto los alimentos *post mortem* en forma sistemática. No obstante, el art. 434 del Proyecto de Código Civil y Comercial, al regular en forma excepcional los alimentos posteriores al divorcio, en el inc. a) permite que se establezcan alimentos a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosostenerse. Agrega el artículo que "si el alimentante fallece, la obligación se transmite a los herederos".

El art. 2509 contempla también la posibilidad del legado de alimentos.

.....

sentencia, realizados con posterioridad a la inscripción de la misma en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Los anteriores a dicha inscripción, son anulables si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumplen algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito (arts. 44 y 45).

(36) MILLÁN, FERNANDO, "El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad", en *DFyP*, julio, 2012, 01/07/2012, p. 245; MERLO, LEANDRO MARTÍN, "La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *DFyP*, 2012, julio, 2012, 01/07/2012, p. 253; FERRER, FRANCISCO, "Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código", en *La Ley*, 1, 25/10/2012.

(37) HERRERA, MARISA; PELLEGRINI, MARÍA V., "La regulación de los alimentos en el Proyecto de Código", en *SJA* 2012/12/05-16, *JA* 2012-iv; WAGMAISTER, ADRIANA M., "Los alimentos en el anteproyecto de Código Civil", en *SJA*-2012/06/20-24 ; *JA*-2012-II. Chiappini, Julio, "Observaciones al proyecto en materia de alimentos" [en línea], en *La Ley Online*, www.laleyonline.com

(38) Ver apartado 3.2.3. "Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos *post mortem*".

5.2 | Protección específica para la vivienda de los discapacitados

La casa vivienda aparece como un tema relevante en relación al discapacitado, pues es posible que no pueda ingresar a un mercado laboral calificado.

En algunos casos, ante la muerte de quien proveía de vivienda a la persona con discapacidad, la sensibilidad y relación con otros herederos le permite, de hecho, continuar habitando el inmueble. Pero, a menudo, ocurre lo contrario, producto del empobrecimiento o distanciamiento de los vínculos.

El causante puede realizar un legado de uso, habitación, usufructo o renta vitalicia cuando su valor no exceda la cantidad disponible por el testador (art. 2460).

Por la indivisión forzosa contemplada en el Proyecto (arts. 2330 a 2334), no obtendría protección directa respecto de la vivienda. La solución aparecería por medio de un pacto de indivisión de los herederos, y sólo por diez años, que debe ser homologado si existen herederos incapaces o con capacidad restringida (art. 2331).

La solución debería abarcar un tratamiento prohibitivo de la partición y/o de la ejecución de la vivienda donde habita el discapacitado. Tal vez el derecho real de la habitación, vitalicia, sería la figura acorde a tal objetivo.

No obstante la regulación referida en materia sucesoria, deberá tenerse presente lo estipulado en el Proyecto⁽³⁹⁾ en cuanto podrá afectarse la vivienda por acto de última voluntad. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245).⁽⁴⁰⁾

.....

(39) Libro I; Título III: Bienes; Capítulo 3: Viviendas, arts. 244 /256.

(40) Art. 245: "Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar

5.3 | Normas del Proyecto —en materia sucesoria— tendientes a la tutela de los sujetos vulnerables

La reformulación del régimen de capacidad de las personas (arts. 22 a 47), trasciende en la cuestión de la capacidad para testar —art. 2467, incs. c), d) y e)—. Se propone la ampliación de las causales de indignidad sucesoria y excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas con discapacidad —mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario (arts. 2448 y 2493)—.

La tutela propuesta abarca aspectos que pasamos a sintetizar.

5.3.1. La ampliación de las causales de indignidad sucesoria

El Proyecto propone la ampliación de las causales de indignidad que trascienden a las personas con discapacidad.

El art. 2281, inc. e) del Proyecto brinda una extensión significativamente mayor a la causal expresada hoy,⁽⁴¹⁾ resultando lo suficientemente amplia como para comprender todos los supuestos en que, debido a su discapacidad o disminución de sus capacidades físicas o mentales, la persona no puede valerse por sí misma, y su cónyuge o pariente en grado sucesible no le prestan la asistencia alimentaria debida, o no la hacen recoger en un establecimiento adecuado, en cuyo caso incurrirán en causal de indignidad sucesoria.

5.3.2. La capacidad para testar

En el Código Civil vigente, el régimen de capacidad de las personas se halla atado a categorías extremas (capaz/incapaz). Esto conduce a que se creen situaciones injustas en materia testamentaria, en las que conculcan

.....

la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida".

(41) 3295 CC. Según este precepto es indigno de suceder al causante "el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento público". La exigencia de que en el causante deban reunirse conjuntamente ambas condiciones, demente y abandonado, para configurar la causal, es considerada excesiva.

los derechos humanos de dichas personas, al restringir su posibilidad de testar más allá de lo que sea realmente necesario.⁽⁴²⁾

La ley de salud mental⁽⁴³⁾ reformó el régimen de incapacitación civil de los insanos mentales: supone la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier afectación a la misma debe ser evaluada con criterio estricto y ser determinada expresamente por el juez en la sentencia.

Esta ley no derogó ni reformó los arts. 3615 y 3616 CC. Si, en la sentencia que resuelve sobre la capacidad de una persona, el juez no especifica que no podrá testar, lo podrá hacer, en principio, válidamente. Aún cuando el juez establezca expresamente que no podrá testar, como sigue vigente el art. 3615, se puede sostener que podría hacerlo eficazmente durante un intervalo lúcido.

El Proyecto perfecciona y aclara esta materia al reformular el régimen de capacidad de las personas estableciendo un régimen de capacidad gradual (capacidad, capacidad restringida, incapacitación, arts. 31 a 47). Tales normas son aplicables a los testamentos en cuanto no sean alteradas por la normativa especial (art. 2463).

En relación a la capacidad para testar, se establece que pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto (art. 2464) —o sea, los mayores de dieciocho años (art. 25)—, salvo el menor de esa edad que se haya emancipado por matrimonio celebrado con autorización judicial (art. 27).

El art. 2467⁽⁴⁴⁾ enumera los supuestos en que el testamento es nulo o, en su caso, la disposición testamentaria. El testador puede ser una persona plenamente capaz, o con capacidad restringida sin limitación para testar

(42) Los arts. 3615 y 3616 CC requieren para testar “perfecta razón” o “completa razón”. Estas dos normas generaron debates: por un lado, no hay acuerdo respecto al alcance de las expresiones y si se alude sólo a los dementes de hecho, o comprende también a los declarados judicialmente. Ver comentario a dichos artículos en LLAMBIAS, JORGE J.; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil Anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, t. V-C, p. 145 y ss.

(43) Ley 26.657 del año 2010.

(44) Art. 2467 (PCC): “Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria por (...) c) haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar (prueba falta de razón a cargo del impugnante) (...) d) haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces (...) e) ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto.

fijada por el juez a la que se le puede anular el testamento si se demuestra que cuando lo otorgó estaba privado de razón.

Si la persona declarada judicialmente incapaz testa después de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el testamento es nulo (arts. 44), pero podrá declararse su validez si lo ha hecho en un intervalo lúcido suficientemente prolongado como para asegurar que la enfermedad había cesado (art. 2467, inc. d). Lo mismo ocurrirá con el testamento de una persona con capacidad restringida, a la cual el juez haya determinado que no puede testar: el testamento será igualmente válido si lo otorgó en un momento de lucidez mental.

El art. 2467, inc. e, comprende tanto al mudo como al sordomudo que no saben leer ni escribir que podrán testar por medio de escritura pública con la participación de un intérprete en el acto, con lo cual se supera la imposibilidad absoluta de testar válidamente que éstos tienen en el régimen hasta ahora vigente.

En general, las personas discapacitadas pueden testar bajo ciertas condiciones. Serán nulos los testamentos y disposiciones testamentarias —en general— realizadas por discapacitados que no comprendan el contenido del acto.

5.3.3. La persona incapaz o con capacidad restringida y la aceptación de herencia

La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión, más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional.⁽⁴⁵⁾

5.3.4. Medidas de apoyo procesales

Se tiene en cuenta las medidas de apoyo procesales necesarias en el proceso sucesorio. La partición debe ser judicial si hay copartícipes incapaces o con capacidad restringida o ausentes (art. 2371 Proyecto de Código Civil y Comercial (PCC)).⁽⁴⁶⁾

.....

(45) Art. 2297 (PCC).

(46) Art. 2371 (PCC): "Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente".

6 | La mejora del heredero con discapacidad

Se manifiesta como una preocupación dentro del ámbito familiar asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de las personas que proveían su sostenimiento.

Las restricciones a la libre disposición —legítima— constituyen una clara barrera para el logro de ese objetivo.

El Proyecto formula modificaciones a la legítima, abarcando aspectos cuantitativos y cualitativos. Destacamos la recepción de la mejora a favor de los ascendientes y descendientes.

Aspecto cuantitativo

Se propone la reducción del monto de las cuotas legitimarias: para los descendientes es de $\frac{2}{3}$; para los ascendientes $\frac{1}{2}$, igual que el cónyuge (art. 2445). La porción disponible, por lo tanto, es de un $\frac{1}{3}$ en caso de concurrir descendientes, y de $\frac{1}{2}$ si concurren ascendientes o cónyuge.

Aspecto cualitativo

Esa porción disponible se acrecienta en el caso que existan ascendientes o descendientes con discapacidad. El art. 2448 del Proyecto habilita a la mejora a favor de heredero con discapacidad⁽⁴⁷⁾.

Así se consagra una excepción a la inviolabilidad de la legítima (art. 2447), fundada en el principio de solidaridad. Esto resulta positivo a la hora de asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

Esta excepción se reafirma en el art. 2493, que alude al fideicomiso testamentario.

El causante puede disponer, en total, de $\frac{2}{3}$ de su herencia a favor de su heredero forzoso discapacitado, formado por $\frac{1}{3}$ de porción disponible, y

(47) Art. 2448: "El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio ($\frac{1}{3}$) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. Tutela de las personas discapacitadas y el testamento".

1/3 de legítima, quedando para los otros herederos forzosos el otro tercio restante de legítima.

6.1 | Forma de realizar la mejora

La mejora a la persona con discapacidad puede ser realizada por cualquier medio, además del supuesto del fideicomiso especialmente contemplado por la norma.

Procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados (art. 2498) o de alimentos (art. 2509), de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce de uso (art. 2154), usufructo (art. 2129) o habitación (art. 2158) de ciertos bienes, indivisión forzosa (art. 2330) y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquélla.

La “mejora” debe ser expresa y realizada por el causante, sea a través de un testamento válido o fideicomiso.⁽⁴⁸⁾

6.2 | Alcance del término “discapacidad”

La regla aclara que el término “discapacidad” empleado, comprende a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Se contempla así una protección abarcativa que guarda armonía con la CDPD,⁽⁴⁹⁾ y con la ley 26.657 sobre salud mental.⁽⁵⁰⁾

(48) Obsérvese la diferencia con el art. 831 CC español, en el que el testador puede facultar al cónyuge para que, una vez fallecido, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

(49) En Argentina se plasma en la ley 26.378, donde se establece que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

(50) La ley 26.657 sobre salud mental conceptualiza a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológi-

El criterio objetivo para determinar la discapacidad viene impuesto por la decisión del causante, sea a través de un testamento válido o fideicomiso, no requiriendo acreditación del grado de discapacidad, hecho que podría plantear situaciones que generen cierta litigiosidad.

No se exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, ni se fija porcentuales mínimos en tales padecimientos.

El o los beneficiarios deben hallarse afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que ésta les produzca "desventajas considerables" en la faz familiar, social, educacional o laboral.

Aclara la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada.

El legitimario afectado, por vía de la acción pertinente, podrá requerir al juez del sucesorio la potestad de determinar la razonabilidad del beneficio en función del principio de inviolabilidad imperante en la materia (art. 2447).⁽⁵¹⁾

No se ha previsto acción alguna para el supuesto donde el causante realice una mejora inspirada en la discapacidad del heredero, y el heredero goza de buena salud, o no llega a quedar inmerso en el concepto de discapacidad. Entendemos que los restantes legitimarios podrán hacerlo a través de las acciones de reducción y/o complemento contempladas.

Teniendo en cuenta que la apertura, transmisión y adquisición de la herencia se produce en el momento de la muerte del causante, no se alteraría la adquisición en caso de superarse la discapacidad.

6.3 | La mejora: sólo a ascendientes y descendientes

El causante puede mejorar a su heredero —ascendiente o descendiente—, pero no se contempla al cónyuge. Respecto de éste podría acudirse a

.....
cos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

(51) AMARANTE, ANTONIO ARMANDO, "Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *DFyP 2012* (noviembre), 01/11/2012, p. 165.

medidas de protección relativas al hogar conyugal, derecho de habitación, etc.

La norma no es aplicable a otros órdenes parentales u otras personas con discapacidad que pudieran estar a cargo del causante.

6.4 | Constitución de fideicomiso a favor de las personas con discapacidad

Se mantiene el principio de intangibilidad de la legítima (art. 2447), esto es, que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y, si lo hace, se tendrán por no escritas.

No obstante ello, el art. 2448 autoriza una excepción a dicho principio: será válido el fideicomiso testamentario aún cuando el testador, para formarlo, le haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, cuando ese fideicomiso se constituya en beneficio de un heredero forzoso con discapacidad, para mejorar su derecho hereditario.

En materia de fideicomiso⁽⁵²⁾ se establece que también puede constituirse por testamento y este contrato podrá utilizarse para exteriorizar la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2493).⁽⁵³⁾

(52) FERRER, FRANCISCO A. M., "El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio", en JA 1999-III-1038; FERRER, FRANCISCO A. M., *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000, p. 198 y ss.; ALCORTA, JULIO A. MARTÍNEZ; "El fideicomiso como instrumento de protección de las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad", en *Cuaderno Jurídico Familia. El Derecho Editorial*, n° 33, octubre 2012, p. 7; ORTELLI, ANA, "El fideicomiso testamentario en el anteproyecto de código civil y comercial de la nación", en *Cuaderno Jurídico Familia. El Derecho Editorial*, n° 33, octubre, 2012, p.11; COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", en Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 359, y ss.; MONJE BALMASEDA, OSCAR, *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 527 y ss., MEDINA, GRACIELA y MADERNA ETCHEGARAY, HORACIO, "El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998", en JA 1999-III-1066.

(53) Art. 2493 (PCC): "El testador puede disponer un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8va., Cap. 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448".

6.5 | Discapacidad y colación

Se enuncia en el Proyecto que los descendientes y el cónyuge supérstite están obligados a colacionar (art. 2385).⁽⁵⁴⁾ También deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles las ventajas particulares, excepto dispensa y la dispuesta para el heredero con capacidad restringida.

En el art. 2391 se establecen que ciertos beneficios hechos a los coherederos deben colacionarse. Se exceptiona en caso de dispensa o de mejora al heredero con capacidad restringida.

7 | Conclusiones

7.1 | Vulnerabilidad, discapacidad y tutela legal

Es vulnerable aquella persona que es susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente. Si una persona carece, o encuentra disminuida su capacidad, se halla en situación de riesgo, debilidad, fragilidad, inseguridad. Las personas con discapacidad sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, propiedades y su sistema de sustento ante la muerte de quien proveía apoyaba y/o satisfacía sus necesidades.

La visión desde los derechos humanos lleva a afirmar la necesidad de diseñar una tutela legal específica ante la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Las medidas de apoyo y asistencia deben alcanzar la regulación sucesoria.

7.2 | Tutela en el derecho sucesorio

Se tiende a la protección de la persona con discapacidad luego de producida la muerte del causante, observándose soluciones interesantes en el derecho sucesorio comparado.

La tendencia del derecho sucesorio comparado es armonizar el interés familiar y particular flexibilizando las restricciones de orden público para asegurar la subsistencia de los sujetos vulnerables.

.....

(54) Obsérvese que se omite a los ascendientes, no obstante ser un legitimario.

7.2.1. Fundamentos y alcances de la protección

Los principios constitucionales y las leyes especiales conducen a sostener que la persona discapacitada no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues un posicionamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la ley.

El fundamento de una protección especial de las personas con discapacidad o con capacidad restringida, surge de los derechos humanos fundamentales y de su especial estado de vulnerabilidad.

El alcance en materia sucesoria puede comprender: medidas de apoyo procesales, posibilidad de mejora, alimentos *post mórtem* a cargo de la sucesión cuando dependía económicamente del causante y no existe otro obligado a su prestación, el derecho a continuar con el uso y goce de la vivienda única, entre otras.

7.3 | Los cambios en el Proyecto de Código Civil Argentino (2012)

El Proyecto amplía la protección a las personas con capacidad disminuida. Reformula todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22 a 47).

En el derecho sucesorio se aclara el alcance de la capacidad para testar (art. 2467, incs. c), d) y e), amplía las causales de indignidad sucesoria.

7.3.1. La mejora al heredero con discapacidad

La propuesta introduce excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas.

Comprende a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

La mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado alcanza a ascendientes y descendientes del causante y debe ser realizada por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario (arts. 2448 y 2493).

7.4 | Nuestra observación: una tutela efectiva que no sólo dependa de las previsiones del causante

El derecho sucesorio argentino debe prever una protección especial para las personas con discapacidad, a fin de garantizar los derechos de los discapacitados, su bienestar, asistencia e integración, de acuerdo al compromiso estatal que emana de la CDPD.

Las soluciones que emanan del derecho proyectado son positivas y llegarían a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad ante la previsión del causante que atribuya la mejora mediante testamento o fideicomiso.

Ante la falta de “cultura testamentaria” en nuestro país podrían implementarse otras vías legales que protejan a las personas con discapacidad cuando quien proveía a su sustento no lo ha previsto en vida o por testamento.

Del divorcio causado al divorcio sin expresión de causa

por **MARÍA VICTORIA PELLEGRINI**⁽¹⁾

I | Introducción

Dentro de las modificaciones que propone el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial⁽²⁾ al derecho civil argentino, uno de los temas que generará un fuerte impacto en la vida cotidiana de la ciudadanía es, sin dudas, el modo en que se regula la formalización jurídica del quiebre de la vida matrimonial, es decir, el divorcio vincular.

Al analizar la evolución histórica de la reglamentación del matrimonio y sus crisis, y la aparición del divorcio vincular en la legislación argentina, fácilmente se advierte la clásica tensión entre orden público y autonomía de la voluntad, nota característica del derecho de familia.

.....

(1) Abogada especialista en Derecho de Familia. Profesora Titular Ordinaria de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina). Docente-investigadora Categoría III otorgada por el Programa de Incentivos a docentes-investigadores conforme Resolución Conjunta de la Secretaría de Políticas Universitarias N° 1 y SACT N° 1 del 12/01/2009 de la CONEAU Categorización 2009. Integrante de un equipo de trabajo en Derecho de Familia de la Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación para la elaboración del Anteproyecto de Reforma.

(2) Me refiero al Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Reformas designada mediante decreto PEN 191/2011, e integrada por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci; Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti, al cual desde ahora, lo llamaremos "Proyecto". Se deja aclarado que a la fecha de redacción de este artículo (noviembre 2012) el mismo se encuentra en pleno debate parlamentario.

Desde el originario matrimonio estrictamente religioso, pasando a un matrimonio civil —ambos indisolubles—, admitiendo la figura de la separación con reproche en las conductas que la originaran; y hasta la admisión legal del divorcio vincular —consecuencia inmediata del famoso fallo “Sejean”—,⁽³⁾ el eje central de toda la regulación del divorcio ha pasado por el análisis de la culpabilidad en la finalización del matrimonio. El primer giro conceptual lo introduce la ley 23.515, al incorporar las causales objetivas.⁽⁴⁾

Así, el divorcio vincular incorporado a la legislación argentina, aún vigente, se asienta en un divorcio de tipo causado, que obliga en todos los casos tener una causa, un motivo para peticionarlo. La causa, a su vez, podrá ser de tipo subjetivo, que implica la determinación de un culpable mediante el correspondiente juicio de reproche a los fines de determinar la configuración de las causales previstas. O también objetivo, causas objetivas limitadas a dos: a) la petición conjunta, por causas suficientemente graves —a criterio judicial—, con restricciones de tipo temporal tanto para su inicio como en su tramitación; b) la separación de hecho, sin voluntad de mantener el vínculo matrimonial, por un plazo temporal fijado legalmente. Siempre causado, varios requisitos legales, fuerte presencia de la valoración judicial y, como contracara, enérgica restricción al ámbito de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

Sin embargo, las modificaciones culturales y normativas operadas en las últimas décadas han puesto en evidencia la insuficiencia de la regulación actual. De allí que se tornó imprescindible su modificación, tal como lo propone el Proyecto de Reforma.

(3) CSJN, “S., J. B. c/ Z. de S., A. M.”, 27/11/1986, Fallos 308:2268, en JA 1986-IV-587 y en LL 1986- E-647. A través de la declaración de inconstitucionalidad de las normas que disponían la indisolubilidad del vínculo matrimonial (art. 64 y concordantes, arts. 71 bis y 81 de la ley 2393), se privilegian derechos constitucionales como la igualdad, el derecho a casarse y los derechos de la personalidad. En otras palabras, la autonomía de la voluntad.

(4) La incorporación mediante la ley 23.515 de las llamadas causales objetivas ha sido calificado, desde una óptica actual como *tímido*, ya que “... bastará con que no se cuente con la buena voluntad de ambos cónyuges para que el sistema —inevitablemente— se traslade a un debate sobre las culpas, y entonces el proceso —en lugar de tener como norte salvaguardar a la familia afectada— va a estar manipulado por la patología del esposo que reclama ‘venganzas’, en una lucha donde se visualiza a las claras el total desprecio —consciente o inconsciente— por el interés de los hijos. De allí que creemos que el legislador no puede permanecer indiferente ante este panorama...”, MIZRAHI, MAURICIO, “Hacia una reforma de la ley de divorcio”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 52, Abeledo Perrot, noviembre 2011, p. 25).

El diseño normativo formulado se concentra en las consecuencias de la finalización del proyecto de vida matrimonial; dejando de lado el análisis de los motivos o causas que incidieron en dicha finalización, modificando estructuralmente su regulación.

En el presente trabajo me detendré en puntualizar los motivos de tal cambio, señalaré cuáles son los fundamentos que sostienen la propuesta regulatoria; como así también describir someramente en qué consisten tales cambios. En definitiva, el objetivo es intentar responder : ¿por qué se opta por un divorcio incausado? y ¿en qué consiste la propuesta regulatoria?

2 | Los fundamentos de los cambios

A los fines de sistematizar esta mínima exposición, es posible desplegar los fundamentos de la propuesta de regulación en dos grandes ámbitos: por un lado, el contexto jurídico, y por el otro el fáctico.

En efecto, a partir de la reforma constitucional del año 1994, la penetración de los derechos humanos en la organización jurídica interna afectó decididamente no sólo las relaciones entre los ciudadanos y el sistema político, sino fundamentalmente las relaciones privadas, diluyendo la clásica distinción entre el derecho público y el derecho privado. Consecuencia directa de ello es el ya asentado proceso de constitucionalización del derecho privado, dando origen al derecho constitucional de familia.

La característica esencial de este profundo cambio es la revalorización de los derechos humanos de las personas, inclusive dentro del ámbito familiar, provocando un fuerte "encogimiento" de la presencia e inmutabilidad del orden público y, por ende, un importante "ensanchamiento" de la propia voluntad en el diseño del plan de vida individual. Ello incidió, directamente, en la valoración judicial de los requisitos impuestos por la legislación vigente para arribar al divorcio, generando tanto una notable tendencia a exigir mayor rigurosidad en la prueba de los hechos configurativos de las causales subjetivas, como inaplicabilidad de ciertas normas atinentes a los divorcios causados objetivos, declarando inconstitucionales los artículos del Código Civil pertinentes.

Por otro lado, el dato fáctico. Mucho tiempo antes de la propuesta reformadora, la doctrina nacional se ha preocupado en señalar tanto las

consecuencias altamente gravosas y dañinas que el tránsito del divorcio con imputación de culpas provoca en todo el grupo familiar, como las dificultades judiciales para arribar a una resolución acorde con la verdad real⁽⁵⁾. Dichas dificultades radican tanto en la propia naturaleza del vínculo matrimonial —relación interpersonal en la cual las conductas se retroalimentan entre sí— como las falencias en la exteriorización de la intimidad de la relación matrimonial mediante diferentes medios probatorios, generando verdaderas ficciones sobre lo acontecido en la realidad.

Pero además de ello, investigaciones de campo dieron respaldo estadístico a la percepción generalizada de diversos operadores jurídicos: las personas acuden mayoritariamente a un divorcio del tipo objetivo para resolver la crisis matrimonial.⁽⁶⁾

(5) Ver, entre muchos otros, MIZRAHI MAURICIO, *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Ed. Astrea, 2006; MIZRAHI MAURICIO, L., "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", en *Revista Jurídica La Ley*, 04/07/2012, p. 1 y ss.; GROSMAN, CECILIA P., "Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados", en *Revista Jurídica La Ley*, 1982-A, p.750; GROSMAN, CECILIA P., "La separación y el divorcio en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate", en *RDF*, 2001-18-123; HERRERA, MARISA, "Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro", en *RDF*, 2009-44-75, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/1713/2012; ZANNONI, EDUARDO A., "Contienda y divorcio", en *RDF* 1989-1-9; ZANNONI, EDUARDO A., "Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998", en *RDF* 2000-16-25; ARIANNA, CARLOS A., "Un matrimonio quebrado y un vínculo mantenido. El 'desquicio matrimonial' y de nuevo sobre el plazo de separación de hecho", 2004-II-13, Abeledo Perrot N°:AP/DOC/765/2012; BISCARO, BEATRIZ R. y SANTANGELO, MARÍA V., "El respeto a la autonomía de la voluntad en la sentencia de divorcio", *SJA* 29/12/2010; GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho constitucional de familia*, Bs. As., Ediar, 2006, t. 1; FAMÁ, MARÍA VICTORIA, "Nuevas tendencias jurisprudenciales en material de divorcio", en *Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 44, 2009; LLOVERAS, NORA, "El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, número especial, Editorial Abeledo Perrot, 2012-II, p. 17 y 20; BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, "El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación", en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.) y Marisa Herrera (coord.), *La familia en el nuevo derecho*. Libro en homenaje a la profesora Cecilia Grosman, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. 1, p. 409; CHECHILE, ANA MARÍA, "El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *RDF* 57-167; FAMÁ, MARÍA V.; HERRERA MARISA; REVSIN, MOIRA, "Un fallo que actualiza el debate sobre las causales de separación personal y divorcio vincular", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, Bs. As., 2004-II-116; c.

(6) TÓFALO, ARIEL, "El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales. Primera parte", en *Revista de Derecho de Familia*, n° 53, 247, 2012; "El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales. Segunda parte" en *RDF*, 55-317.

Por otra parte, los cambios culturales provocados en las últimas décadas —el control de la natalidad ya sea para evitar o para facilitar la procreación humana, la extensión de la expectativa de vida, inserción de las mujeres en el mercado laboral, mutabilidad de roles estereotipados de género, etc.— delinearon diversos modelos familiares y modificaron culturalmente tanto la noción misma del matrimonio como de su disolución.

A partir de este estado de situación (contexto normativo y fáctico) es posible analizar la evolución jurisprudencial operada en torno al divorcio causado, es decir, de qué manera los jueces aplican las normas actualmente vigentes. Pues la interpretación judicial es una herramienta altamente eficaz para mensurar el grado de aptitud real de cualquier norma, más allá de su vigencia formal. Y, por supuesto, indicador de la necesidad de su reformulación.

2.1 | Crisis del divorcio causado subjetivo

La interpretación judicial de los hechos constitutivos de las causales de divorcio ha evidenciado una clara tendencia restrictiva en la admisión, por ejemplo, de la configuración del adulterio (o injurias graves) o, dicho de otro modo, en la exigibilidad del deber de fidelidad una vez producida la separación de hecho.

Tradicionalmente, se ha interpretado que el cumplimiento de los deberes matrimoniales resulta indisponible para los cónyuges, atento su carácter de orden público, y dado que los mismos se imponen hasta la finalización del matrimonio (arg. art. 198 del CC vigente) resultan exigibles hasta tanto no se disuelva el vínculo matrimonial. Como contrapartida, perfectamente configurable la causal de adulterio aún durante la separación de hecho de los cónyuges.⁽⁷⁾

(7) Algunos ejemplos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "V. J. C. c/ G. R. C. s/ divorcio", 22/07/2008, cita: MJ-JU-M-38751-AR | MJJ38751, www.microjuris.com.ar; Sala G, "B. B. H. R. c/ P. J. V. s/ divorcio art. 214 inc. 2º", 21/05/2010, cita: MJ-JU-M-56509-AR | MJJ56509 | MJJ56509, www.microjuris.com.ar; sala M, "C., E.A.I. c/ C., M.A." 2009/02/19, en *Revista Jurídica La Ley*, 29/04/2009, Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala 1ª, "N., V. J. c/ B., B. V.", 15/10/2002, citar Lexis N° 35025173, www.abeledoperrot.com; Cam. Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, "G., A.M. c. G., J.M.", 2010/10/22, LLBA2011 (febrero), 71, Cám. Civ. y Com. San Nicolás, M., C. E. y otro; 13/03/2001, citar Lexis N° 30010970, www.abeledoperrot.com; Cám. Civ. Com. y Garantías Penal Necochea, "G., M. A. v. G., J. C.", 27/11/2007, LNBA2008-3-354.

Sin embargo, desde hace varios años, diversos fallos han atenuado la exigibilidad del deber de fidelidad durante la separación de hecho,⁽⁸⁾ con fundamento en dos circunstancias fácticas, a saber: cómo se motivó la separación de hecho y su extensión temporal. Así, tanto cuando la separación de hecho fue consensuada entre los esposos⁽⁹⁾ (sea explícito o pasivamente consentido), como cuando el transcurso de un lapso de tiempo (dos años) imponen el cese del deber de fidelidad en la separación de hecho.⁽¹⁰⁾ Es decir, no resulta sólo relevante el motivo de la separación, sino el tiempo transcurrido, la duración de la separación de hecho. Y la valoración de la extensión temporal resulta fundamento suficiente para sostener la relativización del deber de fidelidad, siendo numerosos los fallos que se enrolan en esta variable.

(8) Cám. Nac. Civ., Sala F, 10/12/1994, en JA 1995-III-350, disidencia de la Dra. Elena I. Highton; CNCiv., sala B, "A., A.E. v. A., N.N.", 05/06/1999 en JA 2000-II-442; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I "A., C.C. en nro.25.736/26.871 G., A.B. c/ A., C. s/ divorcio-daños y perjuicios", 2003/07/11 voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, publicado en RDF 2004-I, Ed. Lexis Nexos AbeledoPerrot, Bs.As., 2004, p. 164, con nota de Chechile, Ana María "Inexistencia del deber de fidelidad entre cónyuges separados de hecho. La postura de la Sala 1° de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza"; Cám. Nac. Civ., Sala E, 2003/10/24 en "R., B.G.A. c/C. M.Z. s/ divorcio", disidencia del Dr. Mario Calatayud, en www.eldial.com, y reiterado en la misma sala del 2005 en "C.,R.A.M. c/ D.N.S.L.C." del 02/03/2005, LL, Doctrina Judicial, 2005-I-1094, con nota de Famá María Victoria y Gil Domínguez Andrés, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre cónyuges"; entre otros.

(9) Cám. Nac. Civ., Sala L, "O., R. c/ D., M. d. C.C.", 11/03/2008, La Ley Online, AR/JUR/823/2008; Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, voto de la doctora Schaller in re, "K.C.A. c/P.C.G. s/ divorcio vincular", sent. del 2003/06/20, conforme cita efectuada por el Dr. Pettigiani, en su voto en SCBA, C. 91.755, "P. A. , R. contra O., A. Divorcio vincular", del 2007/03/08; Votos en minoría del Dr. Pettigiani en: SCBsAs, C. 91.755, "P. A. , R. contra O., A. Divorcio vincular", del 2007/03/08; SC Bs.As., causa C. 104.948, "R. , J. M. c/ E., L. R. Divorcio vincular contradictorio" del 20011/06/01, ambos en base JUBA.

(10) SCBA en C. 110.809 "R., A. M. c/ A., C. A. Divorcio", 17/08/2011, se resolvió por mayoría rechazar el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el entonces Tribunal de Familia N°1 de Bahía Blanca, por insuficiencia de fundamentación, en tanto: "En efecto, en lo que interesa destacar, el Tribunal hizo mérito de la prueba testimonial rendida y de las constancias obrantes en la causa, arribando a la conclusión de no haberse probado los hechos imputados a la señora R. como causal de adulterio e injurias graves, en cuanto consideró que la cohabitación de los esposos por unos meses no importó reanudar la vida en común y que subsistían por entonces los motivos de la ruptura; asimismo ponderó el a quo que si bien se probó que la actora mantuvo luego de siete años de separada de hecho de su esposo, una relación afectiva que devino en cohabitación durante el año 2007, al haber cesado el deber de fidelidad —por haberse producido el abandono voluntario y malicioso de su cónyuge—, entendió el sentenciante que tampoco podía constituir un hecho causal de la ruptura matrimonial (...) No puede advertirse en ello el endilgado yerro valorativo como tampoco ilogicidad alguna, temperamento que no logra rebatir la simple expresión de disconformidad contrapuesta por el quejoso (conf. art. 279, CPCC)", www.scba.gov.ar, JUBA.

Respecto a cuál es el plazo de duración de la separación de hecho, las soluciones que brindan los diversos fallos son esencialmente casuísticas, entendiendo que el deber de fidelidad se mantiene vigente: a) si su incumplimiento se sitúa temporalmente muy cercano a la separación de los esposos (menos de un mes)⁽¹¹⁾ (tres meses)⁽¹²⁾ (cuatro meses);⁽¹³⁾ b) si su incumplimiento no es “discreto” y a cierta distancia temporal.⁽¹⁴⁾ O bien se considera que no subsiste si transcurrió un “tiempo razonable”;⁽¹⁵⁾ o dos años;⁽¹⁶⁾ tres años⁽¹⁷⁾ o una separación consolidada por varios años.⁽¹⁸⁾

Por último, podemos reseñar diversos fallos en los cuales la interrupción de la convivencia directamente provoca el cese del deber de fidelidad, sin indagar la duración de la separación ni el motivo. Utilizan diversos argumentos, como la necesidad de realizar una interpretación armónica de

.....

(11) Cám. Nac. Civ, Sala L, “D. S.J.A. c/ V., M.J. Divorcio”, 11/02/2011, www.microjuris.com.ar cita: MJ-JU-M-64689-AR | MJJ64689.

(12) Cám. Nac. Civ, Sala C, “T. J.V. c/ G., V.M. Divorcio”, 02/07/200, www.microjuris.com.ar cita: MJ-JU-M-50484-AR | MJJ50484.

(13) Cám. Nac. Civ, Sala M, “D. M.F. c/ P. R.G. Divorcio”, 15/03/2010, www.microjuis.com.ar cita: MJ-JU-M-54206-AR | MJJ54206.

(14) Trib. Sup. Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, “B. de P., C. S. c/ P., I. J.”, 01/09/2000, www.abeledoperrot.com Citar Lexis n° 70018628: “Pretender que el deber de fidelidad subsiste luego de producida la separación de hecho con la misma intensidad y modalidades que durante la convivencia (tal la pretensión del recurrente) contradice pautas morales y sociales asumidas por nuestra realidad cultural. Que la actora, seis meses después de separada de hecho entable una relación afectiva con otro hombre, desarrollada discretamente y sin más exteriorización pública que la asistencia a un *nigth club*, no es visualizado socialmente como un agravio al honor del demandado y, por tanto, mal puede configurar injuria grave en los términos del art. 202 inc. 4 del Cód.Civ. Ello al menos mientras no haya sido invocada y probada una singularidad en la ‘educación, posición social y demás circunstancias de hecho’ (art. 202, inc. 4 CC) que, en el caso particular, permita atribuir entidad injurianta a una conducta que no la tiene para el común de la gente”.

(15) SC de Justicia de Mendoza, Sala I, de 07/11/2003 ya citado.

(16) Cám. Civ. y Com. Dolores, “M. B.E. c/ F., S.E.”, 28/08/2008, www.abeledoperrot.com, citar Lexis n° 70048187.

(17) Cámara de Apelaciones en todos los fueros de Cutral Có, “G. J. c/ B. S.N. Divorcio vincular”, 19/02/2008, www.microjuris.com.ar Cita: MJ-JU-M-20941-AR | MJJ20941.

(18) CCiv y Com. Azul, sala 2° “A.D., L. c/ A., J.Á.”, 30/04/2007, www.abeledoperrot.com, citar Lexis n° 70039212.

todos los deberes matrimoniales;⁽¹⁹⁾ o bien, porque la separación de hecho implica la culminación del proyecto existencial común que implica el matrimonio, realizando así una interpretación realista.⁽²⁰⁾

En un interesante fallo, varios aspectos se combinan. En efecto, aunque la separación de hecho no había sido consensuada, se efectúa una interpretación que pondera la necesaria conexión entre débito conyugal y deber

.....

(19) "La separación de hecho de los cónyuges denota su influencia en otros deberes matrimoniales y, en tal caso, para que la prueba de la apelante sea conducente al fin perseguido por la misma, debe demostrar que las injurias graves, por la relación amorosa atribuida al actor reconvenido, ocurrió temporalmente antes de haber cesado, fácticamente, el deber de cohabitación de los cónyuges, porque si no se puede exigir la cohabitación y el débito conyugal tras la separación de hecho, tampoco podrá imputarse al cónyuge injurias graves o adulterio por sus relaciones extramatrimoniales (art. 198 Cám.Civ. Conf.: CC0000 Junín, 34843 RSD-164-41, sent. del 01/06/2000, juez Venini). En su mérito se ha interpretado que no configura la causal, la relación del cónyuge con una persona del sexo opuesto que tuvo lugar un año y medio o dos años después del momento de la separación (ver Cám. Nac. Civ., Sala M, 12/06/1992, LL 1993-E-16). Como lo resume el deber de fidelidad debe ser interpretado de forma tal que concuerde estructuralmente con el resto de los deberes conyugales, especialmente con el de cohabitación y el débito conyugal. Así también lo entiende B. R. Biscaro (su nota en LL 1993-E-16 y ss.) comentando dicho caso, con alguna analogía, en este aspecto con el presente, cuando el connubio terminó acordando la autoexclusión de la cónyuge" Cám.Civ. y Com. San Martín, Sala 1º, "O., A.O. c/ P. de O., L.M.", 12/08/2003, www.abeledoperrot.com, citar Lexis N° 30010798.

(20) "En cuanto a la violación del deber de fidelidad el mismo debe ser observado de manera permanente en tanto el vínculo matrimonial subsista, en los supuestos de mediar una separación de hecho, se condenaría a los cónyuges a una suerte de celibato temporal o perpetuo, lo que no solo es poco valioso sino que no coincide con aquello que la realidad social demuestra a diario. De allí que en el presente, al no existir elementos que permitan tener por acreditado que el supuesto incumplimiento del deber de fidelidad fuera anterior al momento de la separación de hecho, se debe rechazar la causal de injurias graves fundada en este motivo. Suprimida por uno de los cónyuges la convivencia sin voluntad de unirse, el deber de fidelidad se atenúa o bien desaparece, pues una persona que vive sola no puede estar obligada a actuar como casada en todos los ámbitos de su vida y, en consecuencia, no se puede considerar que violó el deber de fidelidad porque asuma determinadas actitudes. Si la separación de hecho es acordada por las partes, la solución parece aún más clara, en cuanto a que cualquiera de ellos, con posterioridad a la separación de hecho, si pretendiere alegar violación al deber de fidelidad no estaría sino invocando su propia torpeza, en el sentido de que si la cesación de la convivencia ha sido convenida por las partes, no se advierte como el cónyuge reclamante pueda verse afectado por la conducta desplegada por el otro, luego de la separación de hecho. A lo que cabe agregar, y que constituye el factor determinante, que luego de haber cesado la comunidad de vida ya no habría fundamento para entender que la conducta de uno de los cónyuges con un tercero, en relación de pareja, podría afectar o injuriar al otro cónyuge, por la simple razón de que la comunidad de vida en el matrimonio, en los hechos, ya no existe. Claro que se llega a la misma solución si el cese de la convivencia no fue consentido". Cám.Nac.Civ, Sala H, voto en mayoría del Dr. Kiper en "C. O.E. v. A. Y. Divorcio", 03/05/2007 www.mircouris.com.ar cita: MJ-JU-M-12403-AR | MJJ12403. Ver también: Cám.Nac.Civ, Sala E, voto

de fidelidad, como así también la debida protección integral a todos los individuos, con fundamento en el reconocimiento del derecho a la salud (en tanto ejercicio de la sexualidad) y el derecho a la intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional); delimitando el concepto de orden público en las relaciones matrimoniales.⁽²¹⁾

.....

en minoría del Dr. Calatayud en "R., B.G.A. c/ C. M.Z. s/ divorcio", del 24/10/2003 y en "C. R.A.M c/ DN.S., L.C" del 2005/03/02 y CNCiv, sala E (con diferente composición y voto del Dr. Calatayud) "D. R. P. c/ M. G. S. E. s/ divorcio", 16/03/2011, www.microjuris.com cita: MJ-JU-M-63921-AR | MJJ63921 | MJJ63921.

(21) "Pero reflexionando sobre las conductas humanas y tratando de apreciar a la vida en su integridad, al ser humano mismo, en toda su dimensión, no podrá negarse que su sexualidad es parte de su vida saludable y de su elección personal. La misma Constitución de la Organización Mundial de la Salud —aprobada por nuestro país por la ley 13.211, publicado en BO el 16 de Julio de 1948— establece que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Aclarando que "El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social". Asimismo, el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" en su art. 12, inc. 1 regla que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Por otro lado, en el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", referido al derecho a la salud, establece en su inc. 1 que "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social..." Por consiguiente, entiendo que el débito conyugal representa el estrecho vínculo afectivo que existe entre los esposos, con carácter de exclusividad, durante su convivencia y en este contexto se encuentra plenamente vigente el deber de fidelidad (art. 198 CC). Pero si esa relación humana y jurídica concluye de hecho no podría exigirse la castidad hasta que se cumpla un lapso —más o menos amplio—, según se busque conciliar la vida a la letra de la ley.

"Entiendo que el legislador, al sancionar una norma, lo hace con un criterio general, para lograr un orden social. Pero no podría interpretarse esa disposición de otra forma que lo que es propio de la vida de los individuos. La castidad puede ser el resultado de convicciones religiosas, de vida, de elecciones espirituales. Es plenamente aceptable la renuncia voluntaria que algunas personas hacen del derecho de ejercer su vida sexual. Pero imponerles la abstención cuando no se convive en matrimonio —por su estado civil de casado— es forzarles a una restricción que la ley no manda, lo que conculcaría el artículo 19 de la Constitución nacional". "Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos". "Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad 'coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo'" (Fallos: 308: 2285). La evolución de *las costumbres demuestra que exigirle a un individuo castidad cuando no convive en matrimonio estando casado no se ajusta a la realidad*". Cám. 2º Apelación, Sala 2º, La Plata, "L. S. M. c/ G. R. SEPARACION PERSONAL" Causa N°113421, 15/09/2011, base JUBA, del voto de la Dra. Patricia Bermejo.

Un desarrollo similar puede efectuarse respecto a la causal de abandono voluntario y malicioso, pues también la valoración judicial se ha modificado, exigiendo mayor rigurosidad para su configuración.

Impuesto el deber de cohabitación a los cónyuges, el alejamiento del hogar conyugal de uno de ellos ha sido interpretado como presuntivo de la culpabilidad, configurativo por tanto de la causal de abandono voluntario y malicioso. Dicha presunción genera la necesidad de acreditar la existencia causa para el retiro al cónyuge que interrumpe la cohabitación.

Sin embargo, varios fallos han modificado este clásico criterio. En efecto, algunos de ellos han dejado de lado el carácter presuntivo del retiro, exigiendo por tanto prueba eficiente respecto a los requisitos exigidos para la configuración de la causal (voluntariedad y malicia).⁽²²⁾ Otros han valorado la conducta del cónyuge que se mantuvo en el hogar, pues si consintió expresamente, o aceptó tácitamente el distanciamiento, "que se presume como consecuencia del tiempo transcurrido sin que ninguno de los cónyuges promoviese juicio de divorcio, excluye la existencia de la causal en examen", y pretende luego reputar de abandono voluntario y malicioso aquel alejamiento consentido (por acción u omisión), deberá probar tales características, descartando el carácter presuntivo de la voluntariedad y malicia del alejamiento.⁽²³⁾ También se ha esgrimido el argumento del "desquicio matrimonial", ante la acreditación del deterioro en la relación matrimonial que precedió a la ruptura de la convivencia, tornando así improcedente la configuración de la causal de abandono voluntario y malicioso.⁽²⁴⁾

.....

(22) "Esta Cámara ha sostenido (...) que cuando uno de los cónyuges se retira del hogar conyugal, se presupone la causación conjunta de ambos esposos en la ruptura de la unión, por lo que el egreso por parte de uno de los esposos lleva a presumir que ambos han sido los causantes del mismo; en esta inteligencia, corresponderá al cónyuge inocente demostrar la culpabilidad del otro, si pretende sostener su inocencia o, en otras palabras, probar que la separación fue causada exclusivamente por el otro. Adoptamos tal posición por considerar que expresa más adecuadamente la realidad de los hechos, ya que el cese de la convivencia exige analizar las circunstancias concretas y específicas que provocaron el alejamiento del hogar por parte de uno de los integrantes del matrimonio, sin que el distanciamiento por parte de uno de ellos, necesariamente, lleve a presumir su voluntariedad y malicia."Cám. Ap. 1º Nom. Río Cuarto, 16.6.10. LLC2010 (octubre), 1045, AR/JUR/37797/2010.

(23) Cám.Nac. de Ap. en lo Civ., Sala K, 26/11/2009, "R., M. A. v. K., G. O", SJA 10/03/2010, Abeledo Perrot N°: 20100138.

(24) Cám. Nac. Ap. en lo Civ., Sala A, 11/11/2010, "P., G. A. c. H", V. I., La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/80886/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 19/08/2010, en La Ley online 28/10/2010, 6 - LA LEY2010-F, 61, citar: AR/JUR/51256/2010.

Y aún más. La relación entre la separación de hecho sin voluntad de unirse y las causales que implican atribución subjetiva de culpabilidad, genera interesantísimos debates y discusiones —tanto en doctrina como en fallos judiciales— fundamentalmente respecto a dos cuestiones puntuales que, si bien autónomas, se encuentran habitualmente conectadas: a) la “irrupción” de la imputación de culpa ante la petición de divorcio por causal objetiva de separación de hecho (art. 214, inc. 2 CC) y b) el dictado de sentencia de divorcio vincular por separación de hecho, sin imputación de culpa, en aquellos procesos en los cuales hubo reproches de culpabilidad que no lograron ser acreditados y los cónyuges no hubieran invocado ni subsidiariamente la causal objetiva. Con la intención de no resultar abusiva, dejo de lado estas cuestiones.⁽²⁵⁾

La descripción del estado de situación actual de la jurisprudencia en torno a la configuración de las causales de divorcio pone en evidencia la crisis del divorcio subjetivo señalada.

2.1 | Crisis del divorcio objetivo

Para la tramitación de un divorcio del tipo objetivo, la legislación vigente impone una serie de plazos temporales, tanto para tramitar un divorcio por presentación conjunta, como aquel derivado de la separación de hecho. Respecto a la exigencia de cumplimiento de dichos plazos la jurisprudencia se ha “flexibilizado”.

Así, se dictaron precedentes que declararon la inconstitucionalidad del plazo de duración del matrimonio exigido para peticionar el divorcio en forma conjunta (art. 215 del Código Civil);⁽²⁶⁾ del procedimiento impuesto, tanto del plazo de reflexión establecido entre las dos audien-

(25) En caso de ser necesario, ver PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, “La separación de hecho y la imputación de culpas: el costo de las decisiones personales”, en *Jurisprudencia Argentina*, fascículo n°7, 2010-IV, Bs. As., 17/11/2010, pp. 28/36. BISCARO, BEATRIZ R. y SANTANGELO, MARÍA V., “El respeto a la autonomía de la voluntad en la sentencia de divorcio”, SJA, 29/12/2010.

(26) Tribunal de Familia de La Plata N° 2, 16/07/2010, “S., L. y otros s/separación personal”, citar: MJ-JU-M-57694-AR | MJJ57694 | MJJ57694, www.microjuris.com.ar, Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Santa Fe, 26/09/2012, “N., V. N. Y P., F. D. s/divorcio vincular”, RDF 2013-II-227; Cám.Civ. de Mar del Plata, 23/04/13, “N., E. N. y C., O. M. s/ Divorcio vincular”, www.scba.gov.ar, base JUBA; Cám.Civ. Azul, Sala II, 26/02/2013, “S. M. V. Y otro s/divorcio vincular”, (Causa N° 1-57380-2012),www.scba.gov.ar, base JUBA, entre otros.

cias⁽²⁷⁾ como de la exigencia de una segunda audiencia (art. 236 del CC)⁽²⁸⁾ —incluso algunos fallos han dictado la inconstitucionalidad de ambas normas en un mismo caso—; del plazo de separación de hecho exigido para peticionar el divorcio (art. 214, inc. 2 del CC.).⁽²⁹⁾

En todos estos fallos, el fundamento esencial ha sido el respeto a la autonomía de la voluntad, ámbito de privacidad en la elección del plan de vida individual, sin que de ello derive daño alguno a terceros, ni tampoco a la moral pública, únicos límites constitucionalmente válidos al ejercicio de la libertad individual.

Por otra parte, contrapuestas las exigencias normativas (derecho) y las prácticas judiciales (realidad), se puede advertir, por ejemplo, que el procedimiento impuesto al divorcio objetivo por petición conjunta (art. 236 CC.) es meramente ritual, porque por respeto a la intimidad de los cónyuges, los jueces no pretenden ni intentan su reconciliación, ni tampoco realizan valoraciones respecto de la gravedad de los motivos que sostienen la petición, pues no se registran actualmente antecedentes de rechazo de peticiones de divorcio. Así, el procedimiento queda vacío de contenido, provocando sólo dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto matrimonial. Clara evidencia del divorcio entre la ley y la realidad.

3 | El divorcio proyectado

Conforme el desarrollo realizado, toda la regulación del divorcio vincular argentino se encuentra en evidente crisis, generando un grado de incertidumbre jurídica tal que depende de la jurisdicción y de la interpretación

(27) Tribunal de Familia de La Plata N° 2, 16/07/2010, "S., L. y otros s/separación personal", citar: MJ-JU-M-57694-AR | MJJ57694 | MJJ57694, www.microjuris.com.ar; Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sala A, 27/06/2011, "R., A. M. y G., G. D.", Citar Abeledo Perrot N°: 70070964; Cám.Civ. Azul, Sala II, 26/02/2013, "S. M. V. y otro s/divorcio vincular", (Causa N° 1-57380-2012), www.scba.gov.ar, base JUBA, entre otros.

(28) Tribunal de Familia Mar del Plata, N° 2, 17/07/2006 "B., R. B. y otro", SJA 07/03/2007, en JA 2007-I-421.

(29) Ver comentario al fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario (25/08/2003) de FAMÁ, MARÍA VICTORIA, HERRERA, MARISA Y REVSIN, MOIRA, *op.cit.*, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2004- II, LexisNexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 116/138. Ver también, Trib. Coleg. de Familia N°. 5, Rosario, 14/11/2006, M., D. G. c. G., F. A., LLLitoral 2007 —febrero—, p. 110 con nota de Carlos H. Vidal Taquini en LL, 2007-B, 649 y nota de Néstor E. Solari en LLLitoral 2007 -mayo-, p. 400.

judicial que se arribe a una sentencia de divorcio por un camino más o menos engorroso. La doctrina nacional reclama, hace años, una modificación general del sistema normativo.⁽³⁰⁾ Y este es el desafío que asumió el Proyecto de Reforma,⁽³¹⁾ brindando un acertado modelo de divorcio que guarda adecuación tanto a los postulados constitucionales exigibles —autonomía de la voluntad con solidaridad ante las relaciones familiares— como a las necesidades sociales evidenciadas por la realidad.

En primer lugar, se mantiene a la tramitación del divorcio en el ámbito judicial, descartando las posibilidades del divorcio notarial o en sede administrativa,⁽³²⁾ en virtud de la tradición jurídica de nuestro país.

Como una herramienta facilitadora de la pacificación de las relaciones sociales, se suprime el divorcio de tipo subjetivo y se establece un único tipo de divorcio, de carácter vincular y sin necesidad de exteriorización de sus causas, ni subjetivas ni objetivas. Se eliminan por tanto todos los plazos temporales existentes en el Código Civil vigente.

Su petición puede ser unilateral o por ambos cónyuges⁽³³⁾ y el único requisito es acompañar la pretensión con una propuesta de autorregulación

.....

(30) Sólo un ejemplo: "A veinticuatro años de la sanción de la ley 23.515, ha llegado la hora, sin lugar a dudas, de encarar una reforma sustancial de nuestra Ley de Divorcio; y ello para poner a tono nuestro derecho con la realidad social que nos toca vivir. Es que el orden jurídico no tiene otra alternativa que transformarse al compás de la evolución de nuestra sociedad, pues la movilidad de ésta convierte, tarde o temprano, la regla de derecho —si se mantiene cristalizada— en un precepto caduco; y por eso resulta indispensable que la ley marche a la zaga de los hechos sociales. En tal inteligencia, pensamos que es un deber de los juristas percibir la necesidad de los cambios normativos, y consecuentemente, estimular al legislador a dar el paso que requiere la transformación jurídica socialmente esperada" MIZRAHI, MAURICIO, "Hacia una reforma de la ley de divorcio", *op. cit.*, p. 22.

(31) Varios artículos se han publicado respecto a la reforma en el divorcio. Ver: DUPRAT, CAROLINA "El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil", 17-ago-2012 Ci MJ-DOC-5924-AR | MJD5924, www.microjuris.com.ar; CHECHILE, ANA MARÍA "El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *RDF* 57-167; ROVEDA, EDUARDO G, SASSO, MARCELA LORENA y ROBBA, MERCEDES, "El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial", en *DFyP* julio 2012, 36, entre otros.

(32) Sin desconocer los antecedentes de derecho comparado que admiten estas otras posibilidades. Ver: PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., "Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial", 2009-42-243, *Abeledo Perrot* N°:AP/DOC/1673/2012; SOLARI, NÉSTOR E. "El divorcio administrativo. La causal de mutuo consentimiento cuarenta años después" *Sup. Act.* 19/06/2008, 1; entre otros.

(33) Art. 437.- **Divorcio. Legitimación.** El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

de los efectos que la nueva situación pudiera generar en las relaciones familiares.⁽³⁴⁾ Es decir, la preocupación se centra en los efectos, dejando de lado las causas que motivaran el quiebre matrimonial.

Ahora bien, resulta necesario destacar que la exigencia prevista impone la obligación de acompañar una propuesta, es decir, un ofrecimiento de la modalidad de organización familiar post divorcio. Si los cónyuges además son padres, podrán proponer de qué modo se ejercerá la responsabilidad parental, con quién vivirán los hijos, dónde vivirán, quién seguirá utilizando la vivienda familiar, de qué modo ambos progenitores darán cumplimiento a sus obligaciones alimentarias con respecto a los hijos. Además, si no son padres, también podrán manifestar si se reconoce compensación económica y en su caso proponer monto y modalidad de pago, o atribución del uso de la vivienda familiar y en qué condiciones; forma de distribución de los bienes adquiridos si se regieran por el sistema de la comunidad; etc.

Y entiendo necesario diferenciar “propuesta” de “convenio regulador”. El procedimiento previsto impone la exigencia de ofrecer una propuesta de regulación de los efectos derivados del quiebre matrimonial, pero no obliga a arribar a un acuerdo para lograr acceder a la sentencia de divorcio. En los Fundamentos que acompañan al Proyecto de Reforma expresamente se consigna:

“En total consonancia con la necesidad de diferenciar el vínculo matrimonial en sí de los efectos o consecuencias que se derivan de su ruptura, se dispone de manera expresa que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dicta-

(34) Art. 438.- **Requisitos y procedimiento del divorcio.** Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno sólo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. 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.

do de la sentencia de divorcio; en este caso, quedarán pendientes de resolución judicial en trámite incidental aquellas cuestiones sobre las cuales no se haya arribado a un acuerdo con total independencia de la disolución del matrimonio por el divorcio”.

Es decir, el artículo proyectado obliga proponer una modalidad de regulación, a los fines de poner en debate todas las cuestiones; pero la falta de acuerdo en uno o todos los aspectos ofrecidos (la falta de convenio regulador) no impide el dictado de la sentencia de divorcio vincular: la sentencia no queda “atada” a la existencia o no de un acuerdo.⁽³⁵⁾

Presentada la solicitud de divorcio vincular y la propuesta de regulación de sus efectos, el juez fijará a una audiencia al sólo efecto de evaluar las propuestas e intentar arribar a un convenio regulador, es decir, un acuerdo de ambas partes. Nuevamente, la audiencia es a los fines de analizar los efectos del divorcio, pero no sus causas. De allí que si ambas partes peticionaran en forma conjunta su divorcio y acompañan un convenio regulador de sus efectos —convenio, que no es propuesta, pues ya está acordado—, o aún si ante la petición unilateral, el/la otro cónyuge accediera a la propuesta efectuada por el/la cónyuge peticionante, no resultará necesaria audiencia alguna y procederá el dictado de la sentencia de divorcio y la eventual homologación del convenio regulador, pudiendo exigir garantías de cumplimiento como condición para su homologación⁽³⁶⁾.

.....

(35) De allí que no coincido con la crítica que efectúa Néstor Solari respecto al procedimiento previsto: “Si las partes en forma unilateral o de común acuerdo quieren divorciarse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no sería razonable que para regularizar esa situación de hecho, el ordenamiento jurídico les imponga que presenten propuestas o acuerdos sobre las cuestiones que involucran a dicho matrimonio. El Proyecto justifica la obligatoriedad del convenio regulador haciendo referencia a la autonomía de la voluntad, cuando, en realidad, en aplicación del mismo, debió preverse el carácter facultativo. Si los cónyuges quieren acordar y hay consenso, así será; de lo contrario, solamente se hará lugar al divorcio vincular de las partes. No hay razones para imponer las propuestas sobre las distintas cuestiones que involucran al matrimonio, en el juicio de divorcio, cuando hay disenso.” SOLARI, NÉSTOR, “El convenio regulador en el juicio de divorcio proyectado”, en *DFyP* 2013, 01/06/2013, 3.

(36) Art. 440.- **Eficacia y modificación del convenio regulador.** El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

Respecto a los cónyuges, los efectos propios del divorcio vincular son tres: la eventual procedencia de la fijación de una compensación económica (arts. 441 y 442 Proy.); la eventual atribución del uso de la vivienda familiar (arts. 443 y 444 Proy.) y, con carácter excepcional, la fijación de cuota alimentaria (art. 434 Proy.). Con relación al régimen patrimonial, provoca el cese del régimen que resultara vigente en cada matrimonio, sea el de comunidad de ganancias (art. 475 Proy.) o el de separación de bienes (art. 507 Proy.).

Sólo unas pocas palabras respecto a los efectos, cuestiones que requieren de un desarrollo mucho más extenso que lo que resta a este artículo.⁽³⁷⁾

La compensación económica resultará procedente sólo si se presentan las exigencias fácticas previstas: un desequilibrio patrimonial manifiesto, que implique un empeoramiento para un cónyuge respecto al otro y que tenga por causa el matrimonio y su ruptura.⁽³⁸⁾ Es decir, no todo matrimonio que finaliza

.....

(37) Para un análisis mayor ver MOLINA DE JUAN, MARIEL, "Compensaciones económicas en el Proyecto. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", en *Revista de Derecho de Familia*, n° 57, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, octubre 2012, p. 193.

(38) Art. 441.- **Compensación económica.** El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Art. 442.- **Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.** A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

.....

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

generará automáticamente la fijación de una compensación económica. No requiere que exista necesidad, ni se relaciona con una cuestión asistencial. Se trata de un instituto jurídico que intenta recomponer una situación económicamente desventajosa para uno de los cónyuges, que pudiera haberse mantenido oculta durante la vida matrimonial, pero que el divorcio deja a la luz.

Diferente es la solución respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar. En efecto, dicha atribución se determinará conforme a la situación de mayor necesidad, de mayor vulnerabilidad de un cónyuge respecto a otro. Y dado su fuerte contenido casuístico, el artículo proyectado ha derivado a la decisión judicial tanto la determinación de su procedencia, como su extensión, efectos y duración, estableciendo pautas objetivas que deberán funcionar como justificación o motivación de la decisión judicial.⁽³⁹⁾

Por último, los alimentos extraordinarios posteriores al divorcio.⁽⁴⁰⁾ Extraordinarios en tanto su procedencia es excepcional, ya que sólo se podrá establecer cuota alimentaria en cabeza de un ex cónyuge en dos supuestos: i) ante la existencia de una enfermedad grave y preexistente que además impida al ex cónyuge enfermo procurarse su sustento, o ii) ante la falta de recursos y la imposibilidad de obtenerlos. También la procedencia y duración queda a criterio judicial, pero con un claro límite temporal legal: no regirán por más tiempo que el que hubiera durado el matrimonio; las causas de cese están establecidas normativamente y nada impide que sean de fuente convencional.⁽⁴¹⁾

.....

(39) Art. 443.- **Atribución del uso de la vivienda. Pautas.** Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del **derecho** sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;
- b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;
- c) el estado de salud y edad de los cónyuges;
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

(40) Para un desarrollo más detenido del tema ver: HERRERA, MARISA y PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, "La regulación de los alimentos en el Proyecto de Código", SJA, fascículo 10, 2012-IV, Bs. As, 5.12.2012, p. 16.

(41) Art. 434.- **Alimentos posteriores al divorcio.** Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio:

4 | Palabras de cierre

A lo largo de este trabajo intenté describir cuál es el estado de situación respecto a la interpretación normativa que tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional realizan respecto de la regulación actualmente vigente del divorcio vincular en la Argentina; y resulta evidente su insuficiencia e imperiosa necesidad de modificación.

Sin lugar a dudas, el activismo judicial es una estrategia de transformación de aquellas normas que se contraponen con la realidad y las necesidades de sus usuarios. Si en el desarrollo histórico legal de la regulación del matrimonio y del divorcio, la ley 23.515 fue un importante avance de adecuación de la ley a las exigencias sociales de su momento, hoy resulta insuficiente.

Y la imprescindible adecuación del derecho interno a las exigencias constitucionales impone la necesidad de reformulación del divorcio, evitando así las soluciones jurisprudenciales que deben forzar o descartar directamente los preceptos legales. El Proyecto de Reforma asumió el compromiso de reformular el divorcio vincular en la Argentina, equilibrando los grandes principios rectores: la autonomía de la voluntad en la forma de elegir el estilo de vida familiar pero con responsabilidad por las consecuencias que tal elección pudieran provocar en los otros miembros de esa vida familiar. Equilibrio que, como sucede habitualmente, no es sencillo de alcanzar.

-
- a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se trasmite a sus herederos.
 - b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo anterior.

La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por ALBERTO PESTALARDO⁽¹⁾ e INÉS BERASATEGUI⁽²⁾

I | Introducción

El reciente Proyecto de Código Civil y Comercial contempla reformas a la legítima hereditaria. Nos centraremos en analizar dicho proyecto, en particular, en lo que hace a la modificación del *quantum* de la porción legítima, y a la superación —o no— de algunos errores o incongruencias que muestra el Código actual en la regulación de dicha institución.

Para ello, primeramente, haremos algunas referencias a los antecedentes históricos de la institución de la legítima hereditaria, partiendo del derecho romano, que constituye el innegable último fundamento de buena parte de nuestro ordenamiento jurídico, para llegar al tratamiento que el tema ha tenido en el derecho argentino, y finalizar con el análisis del Proyecto de Reforma y su interpretación.

2 | Algunos antecedentes históricos

2.1 | El derecho romano

En tiempos remotos en Roma, por la estructura familiar, el heredero era el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo agnaticio o sobre la

(1) Abogado. Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 84.

(2) Abogada. Oficial interina del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 84.

gens y, en su consecuencia, también en los bienes, o sea, que la herencia originaria servía como medio de traspaso de la soberanía, en lugar de traspaso patrimonial.⁽³⁾

Guaglianone sostiene, por su parte, que no es posible aún en esta época primitiva diferenciar el derecho de la religión, la moral o la filosofía, y sostiene que, en ese contexto, "... la herencia no importa transmitir los bienes privados por la muerte de su titular, sino que consiste en el mantenimiento de la unidad de un grupo primario sobre la mudanza terrestre".⁽⁴⁾ Así, la propiedad inmueble no era en un comienzo de los individuos sino de las familias, cuyo jefe o cabeza era quien la administraba y luego, con el paso del tiempo, pasó a ser propiedad del administrador, momento a partir del cual este último habría comenzado a disponer de ella con total libertad, lo que se ve en el derecho quirritario.⁽⁵⁾ De allí proviene la amplia libertad de testar que tenía el *paterfamilias* desde que se tiene noticia escrita de ello.

Coincidentemente con ello, la ley XII de las Tablas consagraba el derecho absoluto de disponer del patrimonio según la voluntad del testador, en tanto el testamento cumplierse con ciertos requisitos. Esta libertad absoluta del *paterfamilias* según el *ius civile*, conllevaba tanto la posibilidad de instituir heredero a quien quisiera cuanto la de desheredar a los *sui heredes* aún sin fundamento.⁽⁶⁾ Si bien este derecho absoluto, en un principio no era usado para esto último, al modificarse las costumbres primitivas y debilitarse la familia, en la época de declinación de la República, el testamento comenzó a ser expresión de una voluntad casi caprichosa,⁽⁷⁾ lo que motivó —como reacción y como forma de protección contra los abusos de testadores inescrupulosos— la aparición de la sucesión *iure civili* en caso de preterición (omisión) de los *sui heredes*.

.....

(3) Ver BONFANTE, PEDRO, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 553/554.

(4) GUAGLIANONE, AQUILES H., *Historia y legislación de la legítima*, Bs. As., 1940, (s.e), Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939)

(5) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *Ibid*, p. 15.

(6) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Bs. As., Depalma, 1999; GUAGLIANONE, AQUILES H., *Ibid*, p. 126.

(7) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *Ibid*.

En efecto, el *ius civile* preveía, como quedó dicho, una amplia libertad para el *paterfamilias* de instituir herederos o desheredar en forma expresa a los *sui iuris*, mas nada disponía respecto de la preterición u omisión de estos últimos en el testamento. Esto hizo que los juristas pudieran interpretar que el *pater* no había querido omitir a los *sui heredes*. Esta preterición tenía diferentes consecuencias según quién o quiénes eran los herederos omitidos. Así, a través de la *querella nullitatis ex jure antiquo* se llegaba a la nulidad absoluta del testamento para el caso de que uno de los hijos varones que estaban bajo la *patria potestas*, no fuera desheredado *nominatim* (esto es, nombrándolos expresamente o indicándolo de manera inequívoca si era un solo hijo),⁽⁸⁾ sino omitido. Los restantes *sui heredes* podían, por el contrario, ser desheredados en conjunto (*ceteri omnes*), y en caso de ser preteridos, ello no acarreaba la nulidad del testamento, no obstante lo cual conservaban derecho a gozar de una parte de la herencia: de una porción viril igual a la del *sui heredes* instituido heredero, o bien a la mitad de la parte que le correspondía al instituido en caso de ser este último un extraño.⁽⁹⁾ Como consecuencia de esta defensa, la herencia se abría *ab intestato*, por lo que se la llama “herencia contraria al testamento”, constituyendo una excepción a la clásica regla *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.⁽¹⁰⁾

Contemporáneamente a la herencia contraria al testamento, apareció la *bonorum possessio contra tabulas testamenti*, que consistía en un remedio procesal concedido por el *pretor* para detener la ejecución de un testamento *injustum*⁽¹¹⁾. El *pretor* no podía hacer a nadie heredero —en tanto ello debía ser establecido por el testamento o bien por la ley—, pero sí podía, en cambio, conceder a determinadas personas la *bonorum possessio*, esto es, la posesión de la herencia, colocándolos no como herederos sino como *bonorum possessores*. Esta defensa era otorgada no sólo a los *sui iuris* o “agnados”, sino también a aquellos descendientes por vínculo

(8) Ver GAYO, *Institutas*, II, 127.

(9) Ver GAYO, *Institutas*, II-124 a II-128; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 177/178; GUAGLIANONE, AQUILES HORACIO, *op. cit.*, pp. 138/139; ROLFO DE COSTAMAGNA, MARÍA LUISA, “La necesidad de institución de heredero en el testamento romano”, en *Profundización en derecho romano-cuestiones actuales*, Córdoba, Ed. Alveroni, 1998, p. 100.

(10) ULPIANO, *Digesto*. 29.1.6 y JUSTINIANO, *Inst.* 2.14.5, cit. por DI PIETRO, ALFREDO, *op.cit.*, p. 179; BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, p. 570.

(11) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *op.cit.*, p. 140.

“cognaticio”, es decir, a todos, los *liberi*, incluyendo a los emancipados.⁽¹²⁾ Constituía así una medida más amplia que la “herencia contraria al testamento” en cuanto a sus beneficiarios. Sus efectos fueron limitados por un rescripto de Marco Aurelio que estableció que los hijos y los nietos no debían recibir por la *bonorum possessio* más de cuanto pudiesen conseguir de acuerdo al derecho civil.⁽¹³⁾

Casi contemporáneamente a los remedios ya indicados, apareció la *querella inofficiosi testamenti*,⁽¹⁴⁾ que podía ser ejercida aun por aquéllos desheredados en forma expresa sin causa justificada, por una razón moral: el haber faltado el testador al **deber de piedad** (*officium pietatis*), lo que conducía, según los casos, a considerar que había actuado *color insaniae* (esto es **como si estuviese demente**, no por entender que estaba efectivamente afectado en sus facultades mentales —lo que conllevaría la nulidad del testamento— sino que el testamento, aunque regular en cuanto a sus formas, era contrario a los deberes de piedad entre parientes) y, como consecuencia, a la anulación del testamento o a que se les otorgara a los beneficiarios una determinada parte o porción de la herencia, lo que constituirá la “legítima”⁽¹⁵⁾. Se trataba de una medida extraordinaria, que era concedida solo “a falta de otro medio de derecho para llegar a los bienes del difunto”⁽¹⁶⁾ y, por ello, no era procedente en caso de resultar viable alguna de las defensas antes explicadas. Quienes podían atacar al testamento por medio de esta querella no eran todos los herederos a quienes hubiera correspondido la herencia *ab intestato*, sino sólo los parientes más allegados —esto es, desde la época clásica, en general, los descendientes y ascendientes tanto agnados como cognados, varones y mujeres— en forma recíproca, vale decir todos aquellos que pudieran pedir la herencia civil o pretoriana. No podían tampoco hacerlo conjunta-

(12) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 181.

(13) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *op. cit.*, p. 142.

(14) Publicación realizada por KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRUGGEN, *Derecho Civil Romano*, Justiniano, Instituta, libro II, título XVIII, trad. de Ildefonso L. García del Corral t. 1, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889, t.1, p. 62; y Ulpiano, Marciano, Marcelo, Gayo, Paulo, Modestino, Scévola, Papiniano, Trifonino, en “Digesto o Pandectas” de Justiniano, , nros.1 a 32, pp. 430/441

(15) Ver BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, pp. 644/648; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 184 y 185; JUSTINIANO, *Institutas*, 2, Título .XVIII, pr. (ed. Bibliográfica Omeba citada, pp. 152/153).

(16) JUSTINIANO, *Institutas*, 2, Título XVIII, 2 (ed. Bibliográfica Omeba citada, p. 153).

mente, sino que se guardaba el mismo orden de prevalencia que el que hubiera correspondido en la herencia *ab intestato*.⁽¹⁷⁾

Como ya señalamos más arriba, en caso de ser admitida la *querella inofficiosi testamenti*, como regla general el testamento quedaba rescindido y se abría la herencia *ab intestato*, aunque también existía la posibilidad, en casos excepcionales, de que el testamento fuera rescindido en forma parcial.⁽¹⁸⁾ Es en estos casos, entonces, donde aparece —finalmente— la legítima. En efecto, a veces el testador instituía herederos pero por una porción de bienes que podía considerarse insuficiente a los fines del *officium pietatis*. La porción considerada suficiente para decidir la improcedencia de la *querella*, en un principio se encontraba indeterminada; hacia el fin de la época republicana se consideraba que era la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido al heredero en caso de haber habido herencia ***ab intestato***, parámetro que se considera se tomaba por analogía a lo dispuesto por la *lex Falcidia* que beneficiaba garantizando al menos una *quarta pars* de la herencia al heredero testamentario cuya herencia tuviera demasiados legados y *donationes mortis*.⁽¹⁹⁾

Esta cuarta parte era calculada sobre la base del patrimonio neto del testador (incluyendo los créditos y excluyendo las deudas) a la fecha de su fallecimiento, y también podían los beneficiarios de la legítima hacer valer su derecho frente a liberalidades concedidas en vida por el testador, reduciéndolas hasta un monto que respetara la porción legítima.⁽²⁰⁾

Posteriormente, Justiniano introduce importantes modificaciones respecto de la institución que nos ocupa, intentando —tal el propósito de toda su obra— unificar el sistema referido a las sucesiones contra el testamento. En primer lugar, previó que la *actio ad supplendam legitimam*, (que procedía en aquellos casos en que el *pater* hubiera dejado determinadas liberalidades a los hijos, inferiores a la legítima, y en que el testamento

(17) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 186/188, y fuentes allí citadas.

(18) Sobre los casos en que procedía la rescisión parcial, como así también respecto de los requisitos para la procedencia de la *querella* y sus efectos, según los casos, ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 193/199, VI y VII.

(19) Ver GAYO, II, 227; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 190

(20) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 191/192.

preveía que éstas pudieran ser completadas hasta alcanzar el monto de tal porción, no procediendo entonces la *querella inofficiosi testamenti*), pudiera ser ejercida por todos los herederos legitimarios que hubieran recibido una parte inferior a la legítima, aun cuando el testamento no previera que ésta se debía completar. Así, se impedía la *querella*, favoreciendo la validez de los testamentos.⁽²¹⁾

Asimismo, en la novela 18, Justiniano aumentó el monto de la legítima, llevándola desde la *quarta pars* a 1/3 de lo que les hubiera correspondido *ab intestato* a los hijos si eran hasta cuatro, y a 1/2 si eran cinco o más.⁽²²⁾

Por otra parte, a partir de la novela 115, se determina que los ascendientes no pueden preterir ni desheredar a sus descendientes ni viceversa, sin expresar una justa causa para ello. Ello importa que no sólo pueden pedir la legítima sino el derecho expreso a ser herederos. Justiniano estableció también cuáles eran las causales de ingratitud que permitían la desheredación de ascendientes y descendientes, las cuales, si eran probadas, hacían que el testamento fuera válido, y si no, era nulo pero sólo en cuanto a la institución de heredero, quedando válidas el resto de las disposiciones del testamento.

2.2 | El derecho español medieval

En la Edad Media pervivió el derecho romano, debiendo considerarse que, en principio, en el Imperio de Oriente, se continuó aplicando hasta la caída de Constantinopla en 1453, básicamente el derecho justinianeo sin mayores modificaciones.⁽²³⁾ Por otra parte, la destrucción del Imperio Romano de Occidente a partir de las invasiones bárbaras tampoco acarreó como consecuencia la pérdida de vigencia del derecho romano, que continuó en las obras jurídicas de los bárbaros. Aquí se observaba un doble derecho: el derecho romano prejustiniano (dado que el ordenamiento de Justiniano en Oriente fue posterior a la invasión bárbara en Occidente) y el

.....

(21) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 199/200.

(22) Ver KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRUGGEN, *Derecho Civil Romano, op.cit.*, t.VI, pp. 94 y ss.; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 200.

(23) Ver VOGEL, CARLOS ALFREDO, *Historia del Derecho Romano*, Bs. As., Editorial Perrot, 1957, pp. 289/290.

bárbaro, aplicándose el primero de ellos (*lex romanae-barbarorum*) a los súbditos romanos y el segundo a sus invasores.⁽²⁴⁾

Nos interesa especialmente el derecho medieval español por la influencia que luego tendrá en el derecho de Indias y en el argentino. Con el período de la Reconquista del territorio contra los invasores musulmanes (desde el siglo VIII hasta el XV) desapareció en España la uniformidad legislativa y, sobre todo a partir del siglo XII, comenzó un derecho original, local y principalmente consuetudinario, luego codificado en forma de fueros. Cabe agregar, también, que la penetración del derecho romano en los reinos de Castilla y León fue definitiva a partir de las “Siete Partidas” del rey Alfonso X llamado “el Sabio”, publicadas por él entre 1256 y 1265, que tuvieron como fuentes tanto la compilación justiniana cuanto a los glosadores y posglosadores.⁽²⁵⁾

En cuanto al derecho sucesorio castellano en la Alta Edad Media, podemos decir, como idea general, que la sucesión se identificó con la sucesión legítima. Vale decir que la transmisión de bienes a través de un testamento, que para el derecho romano —como vimos— no sólo era una forma de sucesión sino la más importante, no se consideraba sucesión.⁽²⁶⁾

¿Cómo se llegó a esta situación? Existe una evidente vinculación —tal como quedó visto— entre el derecho sucesorio y el contexto social de cada época; en especial con la concepción de sociedad y de familia. La razón del desplazamiento de la adquisición testamentaria a título universal en esta época se debió al arraigo de la comunidad familiar, que impuso la sucesión del grupo familiar, lo que no impidió, no obstante, que pudieran coexistir con la sucesión familiar algunas disposiciones *mortis causa* a título singular.⁽²⁷⁾ En esta sucesión familiar, no había propiamente una transmisión de bienes, sino un cambio de titularidad, siendo el heredero considerado tal aún en vida del titular de los bienes. Por otra parte, cabe

(24) Ver VOGEL, CARLOS A., *Ibid*, pp. 299/304.

(25) Ver VOGEL, CARLOS A., *Ibid*, pp. 337/347.

(26) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano-indiano/nacional)*, Bs.As., Ed. Depalma, 1996, tomo II, p. 335.

(27) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Esquema Histórico del Derecho Sucesorio*, Bs. As., Ed. Macchi, 1982, pp. 10/11.

considerar con especial atención la fuerte concepción religiosa de los cristianos españoles de esta época, fortalecida a raíz de la lucha contra los musulmanes, mediante la cual se consideraba a esta vida como un paso, por lo que la mayor preocupación era prepararse correctamente para la muerte y la salvación del alma. Esta concepción influirá en los actos jurídicos *mortis causa*, provocando que se hiciesen mediante éstos limosnas, donaciones destinadas al culto, e incluso “disposiciones en favor del alma”.⁽²⁸⁾ No obstante, cuando el causante tenía hijos u otros descendientes, su facultad de realizar estas donaciones se veía limitada a una parte o cuota del patrimonio, que oscilaba entre la mitad y el quinto de los bienes.⁽²⁹⁾ Así reaparece la legítima, aunque no ya como una limitación a la sucesión testamentaria —inexistente como vimos— sino como una porción de los bienes indisponible para aquellos que contaban con descendencia.

En la Baja Edad Media (que podemos ubicar entre los siglos XII y XV), contrariamente a la situación descripta recién, se dio en España un apogeo de la sucesión testamentaria. El paso de un período a otro se fue dando lentamente, y un hecho fundamental en el campo jurídico estuvo dado por la recepción del derecho romano-canónico, hecho que fue dándose en forma gradual y con el apoyo del poder real.⁽³⁰⁾

Ya a fines del siglo XI aparecieron las *mandas*, que constituían actos de última voluntad en sentido estricto similares a los testamentos dejados de lado, habiéndose admitido en el siglo XIII su revocabilidad y la posibilidad de instituir heredero.⁽³¹⁾

En definitiva, con el renacimiento del derecho justiniano a partir de la recepción arriba apuntada, y, por tanto, la reaparición del testamento romano, la Iglesia encontró propicia la ocasión de testar para llevar a cabo obras de caridad y de sostenimiento de la propia Iglesia, pudiendo tener vocación hereditaria el alma del difunto, lo que significaba aplicar toda o parte de la herencia a su salvación, razones por las cuales se fue difundiendo el testamento cada vez más entre los fieles cristianos. La predilección

(28) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Ibid.*, p. 3.

(29) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Ibid.*, p. 17.

(30) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 237; TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 21 y 24.

(31) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 18.

de esta época por el testamento se vio reflejada en las Partidas, en tanto la Partida VI, dedicada a las sucesiones, cuenta con doce títulos que tratan de los testamentos y sólo uno referido a la sucesión intestada.⁽³²⁾

En este contexto, y en cuanto a la legítima, podemos decir que la llamada “vocación hereditaria del alma” se veía limitada ante la existencia de hijos o parientes, en cuyos casos la cuota *pro anima* se fijaba en general en el quinto de los bienes. El Fuero de Soria prohibió a quien tuviera descendientes legar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes, y previó la posibilidad de mejorar a uno de los hijos en una cuarta parte, dejando a salvo el quinto que podía el testador dar a su alma o a quien quisiese; el Fuero Real (1252-1255) repitió el precepto, pero elevando la mejora a la tercera parte de los bienes.⁽³³⁾

No obstante, la reaparición y valorización del testamento, la voluntad del testador se veía limitada por las leyes, que buscaban proteger a su familia, en especial cuando éste contaba con ascendientes o descendientes legítimos. Junto con el testamento reaparece, entonces, la legítima hereditaria. En cuanto a su monto, existieron dos tendencias, la de la “legítima española” —que permitía al testador disponer sólo de un quinto de sus bienes al existir descendientes legítimos— y, luego, a través de las Partidas, la “legítima romana”, que reducía el porcentaje indisponible al tercio si fueran cuatro hijos y a la mitad si eran más de cuatro. Finalmente, triunfó la primera tendencia, quedando sin aplicación lo dispuesto al respecto por las Partidas. Por otra parte, las leyes 6 y 28 de Toro fijaron en dos tercios la legítima de los ascendientes y en cuatro quintos la de los descendientes legítimos (los naturales no tenían legítima).⁽³⁴⁾

Reapareció también la posibilidad —en el Fuero Juzgo y el Fuero Real— de establecer una “mejora” (que era propia del derecho visigótico), que consistía en una cuota hereditaria que el testador podía acumular a la legítima de un descendiente, mejorando así su situación en la sucesión, lo que constituía un medio para privilegiar a uno de sus hijos sobre otros, por diversos motivos (debilidad o incapacidad del heredero, preferencia del

(32) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 237/239 y TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 30/31.

(33) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 239.

(34) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 40

padre, premio). Esta mejora podía realizarse tanto por actos entre vivos como *mortis causa*.⁽³⁵⁾ El heredero perjudicado en su legítima por excesivas mandas otorgadas por el testador, podía obtener la disminución de aquellas mediante la acción *falcidia de superfluo*.⁽³⁶⁾

Cabe agregar que las Partidas, regularon en esta época en forma íntegra el derecho sucesorio, llegando su aplicación como fuente legislativa principal en esta materia a la Edad Moderna e incluso hasta el siglo XIX.⁽³⁷⁾

Podemos concluir a modo de síntesis diciendo que, contrariamente al derecho sucesorio en la Alta Edad Media, que se inspiraba principalmente en la idea de propiedad familiar, el derecho sucesorio de la Baja Edad Media, a partir de la Recepción, tuvo un sesgo más individualista.⁽³⁸⁾

En América se aplicó el derecho sucesorio castellano, con las características propias de la Baja Edad Media y del período moderno, por lo cual, tal como en España, el testamento constituyó el núcleo del derecho sucesorio indiano, existiendo algunas disposiciones especiales relativas a los indígenas, a quienes instruían y aconsejaban para que hicieran testamento.⁽³⁹⁾

Existían de este modo dentro de la realidad indiana dos ordenamientos distintos, uno para los españoles y otro para los indios, en favor de los cuales se establecían ciertos privilegios, considerando su escasa formación cultural, muchas veces su condición de "infielos", y todas las características que constituían la situación jurídica de "miserables" (término que significaba, en su origen, "dignos de misericordia") y, por lo tanto, en desventaja desde todo punto de vista.⁽⁴⁰⁾ Continúa, pues en esta etapa, en América, el régimen sucesorio ya descrito.

.....

(35) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 246/247; TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 41.

(36) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*

(37) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 26.

(38) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 47.

(39) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 251.

(40) Señala Tau Anzoátegui que: "...los indígenas americanos eran considerados seres libres, aunque con algunas excepciones..." no obstante lo cual, al mismo tiempo, se los consideraba rústicos e ignorantes, otorgándoseles privilegios con el propósito de protegerlos y así aparecían jurídicamente como "menores" (*op. cit.*, p. 73).

2.3 | La Edad Moderna

El racionalismo jurídico propio de los siglos XVIII y XIX (aunque ya puede ubicarse su comienzo a fines del siglo XVII), que concebía la idea de que el derecho debía ser el mismo para todos los tiempos y todas las culturas (en tanto la razón humana podía descubrirlo en la naturaleza o bien construirlo en forma completa y perfecta), trajo como consecuencias un derecho más universal, ajeno a la tradición jurídica propia de cada pueblo, una creciente importancia de la ley como fuente casi exclusiva del derecho, en desmedro de las restantes, y desembocó en el movimiento codificador.

Por otra parte, a raíz del individualismo también imperante en la época, se consideraba a la sucesión *ab-intestato* como un “testamento tácito” fundado en la presunta voluntad del causante, lo que encaminó, a su vez, a regular cada vez más el testamento, contra la voluntad de su autor.⁽⁴¹⁾

Así, en el derecho francés, a partir de la Revolución de 1789, tributaria de las ideas expuestas, se ensalzaron las libertades individuales y la propiedad individual, pero, paradójicamente, no se favoreció al testamento, al que se le consideraba como “instrumento de concentración de riqueza, fuente de privilegios y motivo de discordia entre las familias”.⁽⁴²⁾ La sucesión se entendió como una mera consecuencia del derecho de propiedad, por lo que se extendió el interés en proteger a los descendientes. Si bien se fortaleció la idea de propiedad privada y del poder de disponer de ella mediante actos entre vivos, no sucedió lo mismo con la posibilidad de disponer de los bienes *mortis causa*, atacándose al testamento, cuya importancia decrecía en la medida en que aumentaba, exageradamente, la de la ley, que era la que debía determinar quiénes eran los sucesores, existiendo en esto un interés público en defender, precisamente, el principio absoluto de igualdad entre tales sucesores.⁽⁴³⁾

No obstante, es de destacar que este pensamiento llegó a España con posterioridad a Francia y que, durante los siglos XVI y XVII, pervivió en España y en los territorios americanos el derecho tradicional. Ni en España

(41) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 255/256, con citas de Grocio y Puffendorf.

(42) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 256.

(43) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op.cit.*

ni en América se advirtió en aquella época ni posteriormente un cambio tan notorio y drástico en el derecho sucesorio como el que sucedió en Francia. Si bien aparecieron nuevas orientaciones y planteos distintos de los tradicionales, contrariamente a lo sucedido en Francia donde se sancionaron nuevas leyes, continuaron rigiendo en la materia principalmente las Partidas y las Leyes de Toro, hasta la sanción de los Códigos nacionales.⁽⁴⁴⁾

Resulta ilustrativa de este nuevo modo de pensar la postura del jurista inglés Jeremías Bentham, quien, invirtiendo el orden romano, consideraba en primer lugar la sucesión *ab intestato* y en segundo lugar la testamentaria, dándole al testamento, contrariamente al derecho tradicional, una función de medio supletorio para atemperar o corregir los defectos de la aplicación de la ley general.⁽⁴⁵⁾

En este contexto, podríamos decir que la institución de la “legítima” se vio por una parte “debilitada” o bien disminuida en cuanto a su aplicación efectiva en tanto y en cuanto disminuyó también la redacción de testamentos, mas, por otra parte, se vio consolidada y fortalecida como un freno legal puesto a la voluntad del testador, considerada muchas veces caprichosa e inicua frente a la justicia impuesta por la ley.

3 | La recepción de la legítima en el derecho argentino: el Código de Vélez Sarsfield

Luego de la independencia argentina y con anterioridad a la obra codificadora de Vélez Sarsfield, continuó en nuestro país —como quedó visto— la aplicación del derecho indiano, con excepción de lo establecido por distintas disposiciones nacionales o locales de los gobiernos patrios, influidas por las ideas imperantes en la época vistas en el apartado anterior, que no interesan particularmente a nuestro estudio en tanto ninguna de las modificaciones por ellas introducidas son atinentes a la cuestión de la legítima.⁽⁴⁶⁾

.....

(44) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 81/89.

(45) Ver cita de BENTHAM, JEREMÍAS *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1821, T. II, p. 46, en TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 97

(46) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 257/261.

Tau Anzoátegui distingue, en las legislaciones surgidas en España y América durante las primeras siete décadas del siglo XIX: “Una, anterior en el tiempo, que mantuvo los lineamientos del derecho sucesorio tradicional; y otra, que atenta a las nuevas ideas, las admitió con mayor o menor amplitud”, ubicando al proyecto de Código Civil Argentino realizado por Dalmacio Vélez Sarsfield en 1869, dentro de la segunda tendencia.⁽⁴⁷⁾ Deduce esto de la ubicación preeminente en lugar y extensión que otorgó el codificador a la sucesión legítima (que llama “intestada”) por sobre la testamentaria.⁽⁴⁸⁾

Respecto de las fuentes del Código Civil de Vélez Sarsfield, en general y como es sabido, fueron principalmente el derecho romano (si bien en forma indirecta), la legislación española y patria, el derecho canónico, el Código Napoleón y sus comentaristas y la obra del jurista brasileño Freitas.⁽⁴⁹⁾

Contrariamente a lo que sucede con la mayor parte del Código Civil Argentino, en materia sucesoria, Vélez Sarsfield no contó con la guía de Freitas, siendo el libro cuarto de su Código obra personal del propio Vélez, quien en algunos casos tomó como fuente el derecho indiano y en otros no, adoptando también soluciones propias del derecho provincial o extranjero y, en cualquier caso, del derecho romano, fuente próxima o remota de casi todas las restantes.⁽⁵⁰⁾

Conforme al sistema original del Código Civil argentino, al testador no le era permitido, teniendo herederos forzosos, instituir heredero a un extraño o a alguno de dichos herederos en desmedro de otros; la preterición de alguno o todos los herederos forzosos en línea recta, anulaba la institución de heredero, quedando sólo válidas las mandas y mejoras que no

(47) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 102/103.

(48) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 106. No obstante, debemos señalar que esta interpretación no es pacífica entre los autores (contra ella, entre otros, BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*, Bs. As., 1975, citado por CAFFERATA, JOSÉ IGNACIO, *Legítima y sucesión intestada*, Bs. As., Astrea, 1982, p. 28, nota 21), y se relaciona con la polémica acerca de si la legítima es parte de la herencia o de los bienes a la que nos referiremos más adelante.

(49) Ver LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., Perrot, T. I, p. 198.

(50) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 261/262.

fueran inoficiosas.⁽⁵¹⁾ Por otra parte, Vélez entendió a la legítima hereditaria como un derecho global perteneciente a los distintos grupos de legitimarios, y no como un derecho individual de cada uno de los llamados a recibirla, razón por la cual, por una parte, su porcentaje no varía, independientemente de la cantidad de legitimarios y, por la otra, la desaparición o exclusión de alguno de ellos redundaba en beneficio de los restantes, no pasando a engrosar la porción disponible del patrimonio del testador.⁽⁵²⁾ Podemos decir en otro orden de ideas, que el orden y el modo en que se recibe la legítima conforme al sistema del Código Civil argentino coincide con el orden y modo en que se recibe la herencia. Así “Tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en el Título anterior”.⁽⁵³⁾

En cuanto a la legítima que le correspondía a cada uno de los herederos forzosos, la de los hijos legítimos era de cuatro quintos de todos los bienes del causante comprendiendo aquellos que deben colacionarse; la de los ascendientes legítimos era de dos tercios de los bienes de la sucesión, la de los cónyuges, la mitad de los bienes de la sucesión aunque fueran gananciales, la de los hijos naturales la mitad de los bienes del difunto, la de los padres naturales la mitad de los bienes, salvo que el hijo natural estuviese casado en cuyo caso sería un cuarto de la sucesión y, si el hijo natural hubiese tenido descendencia, el padre natural no tenía legítima.⁽⁵⁴⁾

El Código de Vélez sancionó de nulidad a las disposiciones testamentarias que impusieran gravámenes o condiciones a las porciones legítimas (art. 3598), y a las renunciaciones o pactos sobre la legítima futura (art. 3599) y estableció que las disposiciones testamentarias que menguasen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de estos últimos, a los términos debidos (art. 3601) y que “el heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento” (art. 3600).

.....

(51) Ver texto original artículo 3715; CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 65/66.

(52) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 67/72, con citas de Borda y Machado.

(53) Ver artículo 3592 del Código Civil; CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 72/73.

(54) Ver artículos 3593 a 3597 del Código Civil, ley 340.

Respecto de la desheredación, que hace perder al heredero forzoso la legítima, sólo puede hacerse con justa causa, y según las causas que taxativamente establece el Código Civil, que deben estar expresadas en el testamento, so pena de nulidad, y dicha desheredación queda sin efecto de mediar posterior reconciliación entre ofensor y ofendido (arts. 3744 a 3748 y 3750 del Código Civil). Sí en cambio, se estableció que tenían derecho a la legítima que hubiera correspondido al desheredado sus descendientes (art. 3749 del Código Civil).

Queda claro, en definitiva, que Vélez⁽⁵⁵⁾ decidió dar prioridad a la sucesión intestada frente a la testamentaria, estableciendo —entre otras disposiciones— una porción legítima para los herederos forzosos, que asciende a cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, para los hijos, de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, para los ascendientes, y de la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales, para los cónyuges supérstites.⁽⁵⁶⁾

No obstante, las diversas fuentes a partir de las cuales redactó el codificador distintos artículos provocaron algunas discordancias entre los textos, que dieron lugar a largas polémicas doctrinarias y jurisprudenciales, y también a algunas reformas legislativas. Nos referiremos a alguna de ellas más adelante.

4 | Las reformas introducidas por leyes posteriores

Analizaremos seguidamente las reformas introducidas por leyes posteriores a artículos del Código Civil referidos a la porción legítima.

La ley 14.367 (promulgada el 11 de octubre de 1954), suprimió las “... discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últi-

(55) Ver Título X del Libro cuarto del Código Civil, “De la porción legítima de los herederos forzosos”.

(56) Ver artículos 3591 a 595 del Código Civil Argentino.

mos” eliminando así las distintas calificaciones que establecía el Código Civil respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio y unificando todas las clases en la de hijos extramatrimoniales, y estableció su aplicación en materia de derecho sucesorio a las sucesiones que se abrieran con posterioridad a la promulgación de esta ley, disponiendo que “los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un grado igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio” y que “la porción disponible del progenitor, a cuya sucesión concurrieran hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, queda limitada a la décima parte de su acervo”.⁽⁵⁷⁾

La reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 (BO del 26 de abril de 1968) intentó, en cuanto a la legítima hereditaria, eliminar imprecisiones e incongruencias que habían dado lugar a las diversas interpretaciones y debates suscitados entre distintos autores y también en la jurisprudencia, a los que luego haremos referencia, pretendiendo conformar un sistema más coherente y que dejara menos espacio a la diversidad de interpretaciones.

Así, a fin de eliminar el debate acerca de la naturaleza jurídica de la legítima, se derogó el art. 3354 del Código Civil, que establecía que el heredero podía renunciar a la herencia y conservar la legítima, supuesto evidentemente incompatible con el hecho de que ésta fuera *pars hereditatis*. Esta derogación confirmó, en opinión de Borda, que la legítima, en nuestro derecho, es parte de la herencia.⁽⁵⁸⁾ No obstante, ello no finiquitó en forma absoluta el debate, como lo veremos más adelante.

Por otra parte, la reforma introdujo modificaciones en cuanto al cálculo de la legítima respecto de las donaciones (arts. 3477 y 3602).⁽⁵⁹⁾

El art. 3604 en su redacción original, preveía que:

“Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el

.....

(57) Artículos 1, 7, 8 y 9 de la ley 14.367.

(58) Ver BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 580.

(59) Ver BORDA, GUILLERMO A., *Ibid*, pp. 581/582.

valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima”.

Señala Borda que la fuente de este artículo, el art. 918 del Código Civil Francés, que establecía que “El valor en plena propiedad de bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, a fondos perdidos o con reserva de usufructo, será imputable a la porción disponible; y el excedente, si lo hay, será colacionable”, quería evitar el perjuicio causado a otros coherederos por ciertas enajenaciones que aparecían como actos onerosos, pero eran un modo de burlar la legítima, favoreciendo a un hijo predilecto, por ejemplo, lo que aparece con claridad en tanto el supuesto enajenante continuaba usando y gozando del bien enajenado en virtud de la reserva de usufructo, y luego de su muerte quedaba consolidada la propiedad del bien en cabeza de uno de sus herederos en perjuicio de otros.⁽⁶⁰⁾

El problema suscitado con la redacción que Vélez dio al art. 3604 es que preveía como supuesto, como vimos, que el testador hubiera entregado a uno de los herederos legítimos por contrato, en plena propiedad, algunos bienes, “aunque fuera con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo”, por lo que la interpretación literal era que cualquier contrato celebrado entre el causante y sus herederos forzosos se presumía gratuito, hecho o no con reserva de usufructo o renta vitalicia. No obstante, ésta interpretación fue minoritaria, habiendo opinado la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que la norma —tal como su fuente— sólo se refería al supuesto en que la enajenación se hubiera hecho con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia.⁽⁶¹⁾

Esta interpretación era más lógica porque ese elemento (la reserva o el cargo referidos) eran los que hacían presumir que había existido en realidad un acto simulado. No obstante, la interpretación mayoritaria, considerando que esta, en realidad, contrariaba el texto del artículo, y con el fin de clarificar

(60) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, pp. 582/583.

(61) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 583, doctrina y jurisprudencia allí citadas.

y corregir la cuestión, la ley 17.711 reemplazó la palabra “aunque” por la palabra “cuando”, con lo cual no quedan dudas de que sólo “cuando” el contrato de compraventa haya sido con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, el bien, en lo que exceda de la porción disponible del testador, será colacionado. En otros casos, habrá que probar que existió una simulación, como en cualquier supuesto ordinario. Por otra parte, en el mismo artículo, la reforma sustituyó dos veces la palabra “legítimos” por la palabra “forzosos”, dejando en claro que sólo a los herederos forzosos corresponde una porción legítima.⁽⁶²⁾ Idéntica modificación se introdujo en el artículo 1832, referido a quiénes pueden demandar la reducción de las donaciones.

Una reforma más trascendente introdujo la ley 17.711 en lo referido a la preterición de herederos forzosos. Mientras Vélez previó para este caso (art. 3715 del Código Civil) como consecuencia la nulidad de la institución testamentaria sin perjuicio de la validez de las mandas o mejoras que no fueran inoficiosas, siguiendo así la tradición romana e hispánica, conforme lo disponían la Novela 115 de Justiniano, las Leyes de Toro y las Partidas,⁽⁶³⁾ la nueva redacción del citado artículo prevé que tal preterición “no invalida la institución hereditaria” por lo que “salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido”. La reforma eliminó también la referencia que había a los herederos forzosos “en la línea recta” en tanto a todos los herederos forzosos (incluso, claro está, al cónyuge supérstite) les corresponde una porción legítima. Esto está a favor, evidentemente, de respetar por una parte la legítima y por otra parte la voluntad del testador en cuanto no sea incompatible con la primera. No obstante, la solución mereció críticas, en tanto lo que anteriormente preveía el Código importaba establecer la incompatibilidad entre la existencia simultánea de herederos forzosos y testamentarios. Después de la reforma, si bien aparentemente desaparece la incompatibilidad, se sostuvo que el heredero instituido en el testamento no tiene un título verdaderamente universal, como sí lo tienen los herederos forzosos, en tanto carece del derecho de acrecer más allá de su cuota (la porción disponible para el testador), razón por la cual se asemeja más a un legatario de cuota.⁽⁶⁴⁾

(62) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, pp. 584/585.

(63) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 586.

(64) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, p. 109, con cita de LLAMBIAS, JORGE J., *Estudio de la reforma del Código Civil*, Bs. As., Ed. Jurisprudencia Argentina, 1969, p. 495.

Por último, la ley 23.264 (BO, 23/10/1985) en su art. 19, derogó la ley 14.367 y eliminó todas las diferencias entre hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, razón por la cual derogó los arts. 3596 y 3597 referidos —como se vio más arriba— a la legítima de los hijos naturales y de los padres naturales y modificó los arts. 3593 y 3594 unificando la legítima de los padres —tanto legítimos como naturales, según la antigua clasificación eliminada— en dos tercios de los bienes del testador y la de todos los hijos en cuatro quintos de dichos bienes.

5 | Algunos errores y problemas interpretativos en la regulación de la legítima en el Código Civil

Existe un evidente error del codificador en el texto del art. 3592 en cuanto reconoce que tienen una porción legítima “todos los llamados a la sucesión intestada” y no sólo los herederos forzosos como queda claro del resto del articulado.

Cafferata —en posición minoritaria—⁽⁶⁵⁾ realiza un esfuerzo para interpretar los textos de los distintos artículos referidos a la legítima del Código redactado por Vélez de un modo congruente, señalando que el codificador creó un sistema propio que, en parte, sigue a la legislación española, mas no por entero. Así, interpreta el citado art. 3592, considerando que no existe error sino que Vélez pretendió —siguiendo antecedentes del derecho romano y de las Partidas— atribuir una porción legítima a los colaterales, aunque sin fijar un porcentaje concreto, como lo hace con el resto de los legitimarios.⁽⁶⁶⁾ No compartimos esta interpretación, por no resultar congruente —a pesar del esfuerzo que hace Cafferata por hacerla concordar con otras normas en cualquier caso también imprecisas o bien involuntariamente erróneas—⁽⁶⁷⁾ con el resto del articulado y, en cualquier

.....

(65) El propio Cafferata cita su postura como minoritaria, indicando la idea contraria —que importa admitir un error involuntario en el codificador— esgrimida por Segovia y Borda, entre otros (conf. *op. cit.*, pp. 35 y 37).

(66) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 31/35.

(67) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 35/41.

caso, no tenemos noticia de que la misma haya tenido aplicación jurisprudencial en algún caso. Por otra parte, no resulta concebible dentro del “sistema cerrado” que pretendió construir Vélez Sarsfield con su Código Civil —acorde con las tendencias legislativas de la época—⁽⁶⁸⁾ pensar que haya introducido la posibilidad de fijar una porción legítima en forma pretoriana o jurisprudencial (teniendo en cuenta que las posibilidades de determinarla por vía de legislación supletoria o por vía consuetudinaria, factibles para algunos antecedentes legislativos que operaban en un contexto diferente en lo que hace a las distintas fuentes del derecho, se hallaban expresamente vedadas, conforme a las citas efectuadas en la nota anterior).

Otro debate se generó en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la naturaleza de la legítima; en concreto si, según el Código Civil Argentino redactado por Vélez Sarsfield, la legítima debía ser considerada como *pars hereditatis* (una parte de la herencia) o bien como *pars bonorum* (una parte de los bienes que integran el haber hereditario). Tal cuestión fue extensamente tratada en un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el que una cónyuge supérstite que no había sido instituida heredera en el testamento de su cónyuge, sino que se le había otorgado un legado de cantidad, pretendía no sólo dejar a salvo la porción legítima que la ley le acordaba, sino ser reconocida como heredera, mediante el dictado de una declaratoria de herederos que le otorgara el título y la calidad de tal.⁽⁶⁹⁾ El Dr. Bargalló, al efectuar su voto, planteó el problema —a nuestro entender en forma acertada— al sostener que la legítima había sido en el Código Civil objeto de dos definiciones distintas (una de ellas referida a la legítima y otra al legitimario) y no coincidentes. Así, el art. 3591 sostenía que “la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia” (de lo que se

(68) Así, disponiendo que “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos” y también que “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.” (arts. 17 y 22 del Código Civil, según ley N° 340).

(69) Ver Cám.Nac.Civ. en pleno, agosto 10-953 “Cambó, Francisco de Asís s/ sucesión”, N°33.534, publ. en L.L. t. 71, pp. 634/654; ver asimismo LAJE, EDUARDO J., “La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario” (comentario en disidencia al fallo plenario citado), publ. en L.L., t. 71, pp. 634/643.

deduce que la legítima sería “*pars hereditatis*”), mientras que el art. 3714 decía que los herederos forzosos o legitimarios eran “aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos sin justa causa de desheredación”, donde claramente caracteriza a la porción legítima como *pars bonorum*. También cuando sostuvo que el problema consistía en “saber si la legítima es un derecho anejo al carácter de ciertos herederos, o sea si su atribución supone el título o calidad hereditaria, o si por el contrario la legítima es independiente de dicha calidad y resulta de un deber de parentesco —al modo de la obligación alimentaria—. (70) En el plenario, el voto mayoritario se inclinó, evidentemente, por la primera opción (es decir, que la legítima era *pars hereditatis*), en tanto estableció que “el titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido por este último en su testamento”. (71) Laje critica la solución adoptada por la mayoría sosteniendo que ella era incompatible con otros textos vigentes (arts. 3354, 3600 y 3715) en virtud de los cuales el legitimario que renunciaba a la sucesión, y perdía por tanto el carácter de heredero, podía a pesar de ello tomar la legítima, y que el legitimario que no había sido instituido heredero no podía atacar el testamento por preterición cuando había recibido bienes gratuitamente del causante aunque no fuera a título hereditario, en tanto el único derecho que se le otorgaba en tal caso era pedir el complemento de la legítima si lo obtenido no alcanzaba para cubrirla. (72)

Borda, sostiene que esta controversia jurídica no tiene sentido en tanto, actualmente, y contrariamente a lo que sucedía en Roma, no es concebible la idea de un legitimario no heredero. Ello por cuanto en Roma:

“...el heredero era sobre todo el continuador de las funciones sacerdotales y de la potestad del *pater familiae*. Recibía tam-

(70) Ver *op. y loc. cit.*, pp. 638/639, del voto del Dr. Bargalló.

(71) Ver *op. y loc. cit.*, p. 634.

(72) Ver LAJE, EDUARDO J., *op. cit.*, p. 639; ver asimismo en apoyo de esta opción, MOLINARIO, ALBERTO D., “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias”, en *Revista Jurídica la Ley*, t. 90, p. 907, nota 35 y GOYENA COPELLO, HÉCTOR R., “El derecho sucesorio en la reforma civil”, en *Revista Jurídica la Ley*, n°133, p. 1092. Cabe señalar que la opción que tenía a la legítima como “*pars bonorum*” encontraba su apoyo en el Derecho Romano que así lo consideraba.

bién los bienes; pero en la época en que estos conceptos se elaboraron, la sucesión de los bienes no aparecía sino como un elemento accesorio de la idea de la continuación de la persona”.

En cambio, “...en el derecho moderno, todo esto resulta falso y poco menos que incomprendible” en tanto “en el derecho actual, la herencia no es otra cosa que un sistema de sucesión de los bienes” con lo cual “resulta inconcebible separar la herencia de los bienes”.⁽⁷³⁾

En cualquier caso, y más allá de que resulta cierto que la herencia como continuación de la persona del causante es algo que hoy en día, además de ficticio, no tiene sentido, compartimos con la mayor parte de la doctrina que la controversia a la que hicimos referencia, comenzó a solucionarse —al menos en la Justicia Nacional— a partir del fallo plenario apuntado, y quedó básicamente zanjada con la reforma operada por la ley 17.711 a la que haremos referencia en el apartado siguiente.⁽⁷⁴⁾

No obstante, hay quienes entienden que al haber omitido la ley 17.711 modificar el art. 3714, en virtud del cual se define al heredero forzoso como aquél que tiene derecho a una parte de los bienes del causante, y al haber cambiado el art. 3715 que luego de la ley 17.711 convalida la institución de heredero testamentario pese a haberse preterido a algún heredero forzoso —a lo que se suma la existencia de posibles legitimarios no herederos entre los que destaca, a partir de la misma ley 17.711, una legitimaria que no es heredera⁽⁷⁵⁾, la “nuera viuda sin hijos” que prevé el art. 3576 bis del Código Civil— en nuestro ordenamiento legal vigente la legítima continúa siendo parte de los bienes.⁽⁷⁶⁾

.....

(73) Ver BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 579, c

(74) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 579; MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de las Sucesiones*, ed. 2º, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, T. 2, p. 816, nota N° 55 y pp. 818/821; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., Ed. Astrea, 1982, T. I, p. 353 y ss.

(75) Así lo determinó el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 29/8/1983, “Gorbea de Buonocore Gertrudis s/sucesión, L.L. 1983-D-176, negándole el “derecho a acrecer”.

(76) Ver GOYENA COPELLO, HÉCTOR R., *op. cit.*, pp. 1092/1093; MAFFÍA, JORGE O., *op. cit.*, pp. 816/818; BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*, Bs. As., Ed. Depalma, 1975, p. 97 y ss.

6 | La legítima en algunos anteriores proyectos de Código Civil

Existieron en nuestro país, a lo largo de los años, numerosos proyectos de Código Civil destinados a reemplazar el redactado por Vélez.

Distintos proyectos de reformas del Código Civil en 1912 (presentado por Carlos Carlés), en 1922 (presentado por Ezequiel Olaso) y en 1929 (presentado por el diputado Bergalli y otros), propiciaban la libertad absoluta de testar y la eliminación lisa y llana de la legítima. Cabe aclarar que el último de los citados, conservaba supuestamente la porción legítima pero sólo para la parte de la herencia de la que no hubiere dispuesto el testador (lo que resulta distinto, según lo visto, con la concepción tradicional).⁽⁷⁷⁾

Otros proyectos propiciaron la disminución de la porción legítima. Así, Avelino Rolón propuso, en su proyecto de 1915, reducir en una tercera parte la legítima de los herederos forzosos. Por su parte, Herminio J. Quirós, en su proyecto de 1922, fija la porción legítima de todos los descendientes en la mitad de los bienes, sin distinguir entre hijos legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos, y establece la de los ascendientes en un tercio⁽⁷⁸⁾. El Anteproyecto de Juan Bibiloni de 1926 asigna a los descendientes legítimos dos tercios de la herencia⁽⁷⁹⁾ y niega porción legítima a los padres adulterinos e incestuosos.⁽⁸⁰⁾ El proyecto de 1936, concede a los descendientes legítimos dos tercios del acervo, la mitad a los ascendientes legítimos y la mitad al cónyuge, en la medida en que no concurra con ascendientes o descendientes legítimos, aunque se trate de bienes gananciales. Mantiene la distinción entre hijos naturales, incestuosos, y adulterinos, a quienes asigna distintos montos, y también concede legítima

(77) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 911.

(78) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 912.

(79) Ver BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Bs. As., Ed. Perrot, 1975, T. II, p. 109.

(80) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 912.

ma a los padres ilegítimos.⁽⁸¹⁾ El Anteproyecto de 1954 propuso diferentes porciones legítimas según la cantidad de descendientes legítimos: establece la mitad si hay un solo descendiente, las 2/3 partes si son dos o tres y 3/4 del acervo si son más de tres. Se propició conceder la mitad para los ascendientes legítimos.⁽⁸²⁾

El proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, regula la institución de la legítima dentro del derecho sucesorio bajo el título "De la porción legítima", donde designa como "legitimarios" —a quienes define como aquellos que "tienen una porción legítima de los bienes del causante, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito"— a los descendientes, ascendientes y cónyuge⁽⁸³⁾ y prevé "descender la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción" "para responder así a una observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante".⁽⁸⁴⁾

También se consagran como caracteres de la legítima su inviolabilidad e irrenunciabilidad, y se considera al heredero legitimario preterido como "heredero de cuota en la medida de su porción legítima".⁽⁸⁵⁾ Asimismo, se contemplan la acción de entrega de la legítima para el legitimario preterido⁽⁸⁶⁾ y la acción de complemento para que aquel legitimario al que el testador le hubiere entregado por cualquier título menos de su porción legítima pueda completar tal porción.⁽⁸⁷⁾

.....

(81) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 912.

(82) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. y loc. cit.*

(83) Ver ALEGRIA, HÉCTOR; ALTERINI, ATILIO; ALTERINI, JORGE; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J.; RIVERA, JULIO; ROITMAN, HORACIO, *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1999, art. 2394, p. 581.

(84) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, "Fundamentos del Proyecto de Código Civil, en *Proyecto de Código Civil...*, *op. cit.*, p. 144.

(85) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, *Ibid*, p. 145.

(86) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, *Ibid*, art. 2399.

(87) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, *Ibid*, art. 2400.

7 | El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión de Reformas creada por el Decreto 191/2011, integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, trata la cuestión de la legítima en su Libro VIII, Título X, titulado “Porción legítima” y en sus fundamentos se expresa que fue redactado sobre la base del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

7.1 | Sobre el concepto de legítima hereditaria y su naturaleza jurídica

Ya hemos hecho referencia a debates doctrinarios y jurisprudenciales, relativos al concepto y naturaleza jurídica de la legítima en nuestro derecho.

Se prevé, en el art. 2444, que son legitimarios, es decir, que “tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados” por testamento o donación, los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Se modifica así la definición dada en el art. 2394 del Proyecto de 1998 que —como vimos— establecía que eran legitimarios quienes “tienen una porción legítima de los bienes del causante...”. Se había sostenido, en virtud de aquella redacción, que el proyecto de 1998 parecía inclinarse por la tesis de la legítima como *pars bonorum*.⁽⁸⁸⁾ En el Proyecto de 2012, en cambio, si bien no se termina optando abiertamente por una u otra tesis sobre la naturaleza jurídica de la legítima, se ha eliminado expresamente la expresión “de los bienes del causante”, incluida en la fuente.

Es importante destacar que se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos, que si bien no es considerada una heredera, sino sólo legitimaria, tiene una porción equivalente a la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido a su marido. En los fundamentos del Proyecto se indica que la modificación responde a los embates respecto de su constitucionalidad al distinguir entre hombre y mujer y a las dificultades interpretativas

(88) Ver MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de las Sucesiones*, actualizado por Hernández, Lidia Beatriz y Ugarte, Luis Alejandro, Bs. As., Abelado Perrot, 2010, T. II, p. 822.

que provoca luego de la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo. La existencia de la nuera viuda sin hijos como legitimaria fue invocada por distintos autores como uno de los argumentos principales para adherir a la teoría de la legítima como *pars bonorum*.

El art. 2450 del Proyecto, por otra parte, concede al legitimario preterido acción para que se le entregue su porción legítima, “a título de heredero de cuota”. Esta acción también la tendrá el legitimario cuando el causante no deja bienes a su muerte pero ha efectuado donaciones. En el art. 2451 se regula la acción de complemento, y se indica que el legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento. Los dos artículos referidos son idénticos a los 2399 y 2400 del Proyecto de 1998. Esto podría indicar una inclinación por la tesis de la *pars bonorum* y así se sostuvo al analizar el Proyecto de 1998.⁽⁸⁹⁾ Consecuentemente con lo anterior, los artículos 2452 y 2453, prevén la reducción de disposiciones testamentarias y donaciones, “a fin de recibir o complementar su porción”, estableciendo un orden de prioridad para ello.

Señala Azpiri al respecto que el Proyecto de 1998 se inclinaba decididamente por considerar a la legítima como *pars bonorum*, mientras que en el actual se ha eliminado cualquier alusión explícita a la naturaleza jurídica de la legítima, no obstante lo cual, subsiste una discordancia entre el artículo 2445 que determina que el cálculo de la legítima se debe efectuar sobre el valor líquido de la herencia (así, sería parte de la herencia) y el 2450 del cual —como quedó dicho— resulta que el legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima “a título de heredero de cuota”, con lo cual su derecho quedaría limitado a esa porción de bienes, careciendo de toda posibilidad de acrecer, de lo que se deduciría que la legítima es, según el Proyecto, parte de los bienes.⁽⁹⁰⁾

Cabe destacar que, el art. 2488 del Proyecto, llama “herederos de cuota” a “los herederos instituidos en una fracción de la herencia”. La expresión

(89) Ver HERNÁNDEZ, LIDIA B. y UGARTE, LUIS A., en Jorge Maffía, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 822.

(90) Ver AZPIRI, JORGE O., “La legítima en el Anteproyecto de Código Civil”, en Alejandro Tuzio (dir.), Nora Lloveras y Olga Orlandi (coords.), *Primeras Reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, Bs. As., *Jurisprudencia Argentina*, 2012- III, p. 77.

“heredero de cuota” puede generar en principio confusión, en tanto en la terminología tradicional de nuestro derecho, el heredero tiene vocación universal, mientras que a quien se le asigna una cuota se lo llama “legatario de cuota”. En el Proyecto, en cambio, a fin de lograr una mayor claridad en el tema se distingue al “heredero universal” del “heredero de cuota”, y del legatario, delimitando correctamente cada supuesto (arts. 2486, 2487, 2488). No obstante, es claro que el heredero legitimario es heredero por disposición de la ley, y es en virtud de dicho título que tiene derecho a la acción de preterición consagrada en el art. 2450, teniendo vocación universal.

Sin perjuicio de lo anterior, del articulado del Proyecto también resulta claro que las acciones que se otorgan a los herederos forzosos preteridos —en concordancia con el Proyecto de 1998— se limitan a obtener o completar una “cuota”, esto es, una porción de los bienes, razón por la cual parecería, en un primer análisis, funcionar, en la práctica, considerando a la legítima como una parte de los bienes.

No obstante, compartimos —sobre todo eliminada la figura de la nuera viuda sin hijos— que las distinciones entre los herederos y los legitimarios parecen más construcciones teóricas que realidades, y que las condiciones de heredero y de legitimario aparecen como unidas e inescindibles.⁽⁹¹⁾ Esto genera como consecuencia que, en la práctica, si la institución de heredero testamentario cae o si los beneficiarios de legados no los aceptan, y el testamento nada prevé al respecto, la parte vacante acrecerá a los herederos legitimarios. Así, la legítima es una parte de la herencia.

Contra esto, Azpiri sostiene que el “heredero de cuota”, titular de la porción legítima, tendrá su derecho limitado a esa porción, sin posibilidad de acrecer en supuestos como los indicados.⁽⁹²⁾

Sin embargo, no vemos correcta esta interpretación. El artículo 2488, al hacer referencia a los “herederos de cuota”, regula lo relativo a la institución de éstos en los testamentos. Ello surge, sin lugar a dudas, tanto del propio texto de la norma, que no da pie a ninguna otra interpretación posible,

.....

(91) Ver MAFFÍA, JORGE O., *op. cit.*, pp. 818/819 con cita de Guastavino.

(92) Ver MAFFÍA, JORGE, *op. cit.*

cuanto de la ubicación del artículo en el Proyecto (dentro del título correspondiente a las sucesiones testamentarias). Incluso, el artículo deja abierta la posibilidad de que el testador haya previsto el derecho de acrecer para estos herederos de cuota. Así, los "herederos de cuota" son herederos testamentarios.

Los legitimarios, titulares de la porción legítima, en cambio, lo son en su carácter de herederos legítimos forzosos, esto es —insistimos— en tanto son herederos, a quienes se defiende la sucesión por disposición de la ley. De este modo, la expresión "a título de heredero de cuota" que utiliza el art. 2450, no significa que se considera a los herederos legítimos "herederos de cuota". De hecho, el art. 2452, distingue expresamente ambos supuestos (legitimario y heredero de cuota). Los únicos "herederos de cuota" son herederos testamentarios, y la interpretación correcta de la expresión del art. 2450 del Proyecto —no del todo precisa, es cierto— es que los legitimarios tienen derecho a una cuota —o porción— de la herencia, pero nada regula respecto del derecho de acrecer que les corresponde en forma independiente al derecho a obtener o completar su cuota legítima.

7.2 | Disminución de las porciones legítimas

En el Proyecto se disminuyen las porciones legítimas: se asignan dos tercios del acervo hereditario a los descendientes, un medio a los ascendientes y mantiene en un medio al cónyuge. La reducción de las legítimas, como se indicó anteriormente, es reclamada por la mayoría de los autores que consideran excesivos los porcentajes fijados por Vélez Sarsfield,⁽⁹³⁾ y fue el criterio utilizado en el Proyecto de 1998, fundándose en ambos casos en tales reclamos (además de señalar que, como se vio, incluso Vélez optó por porcentajes más altos que los previstos en el derecho romano).

La solución es, en general, bien recibida y parece conveniente, en tanto las porciones fijadas en el Código Civil han sido —como se dijo— muy critica-

(93) Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

das por considerarse excesivas, e incluso consideradas inconstitucionales —como veremos más adelante— por entenderse que se viola el derecho constitucional a la propiedad.

7.3 | La mejora

Las porciones legítimas de algunos herederos pueden verse reducidas aún más cuando existan uno u otros herederos con discapacidad, en tanto se prevé que el causante puede disponer por testamento, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para mejorar a ascendientes o descendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera “persona con discapacidad” a toda “persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.⁽⁹⁴⁾ Esta posibilidad de mejora, como hemos visto, ya existió en el derecho romano; también existe en el derecho comparado, habiéndose desestimado en el Proyecto de 1998 pese a haberse debatido sobre el punto, por considerar difícil la justificación en cada caso concreto.⁽⁹⁵⁾ En los fundamentos del Proyecto de 2012 se señala que la posibilidad de ampliar la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, se hace en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país.

La solución es criticada por Azpiri, quien considera que, pese al fin loable de la norma, la mejora del legitimario discapacitado no debería afectar la porción legítima de los restantes legitimarios, y que no resulta razonable haber limitado la posibilidad de mejorar sólo a ascendientes y descendientes, excluyendo a los cónyuges, a lo que se suma que la fórmula utilizada para caracterizar a los discapacitados, deja abierto el camino a la discrecionalidad del juzgador, lo cual generará debates, y también que no se resuelva el destino de los bienes que integran la mejora en caso de superarse la discapacidad.⁽⁹⁶⁾

(94) Art. 2448 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.

(95) Ver Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, punto 319.

(96) Ver AZPIRI, *op. cit.*

Por su parte, Amarante considera que es una clara expresión de la “constitucionalización del derecho privado” a la que se hace mención en los Fundamentos del Proyecto, aunque destaca que la ley no exige que la discapacidad esté acreditada judicialmente, ni fija porcentuales mínimos de los padecimientos.⁽⁹⁷⁾

En efecto, la mejora se encuentra en sintonía con las disposiciones de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada mediante ley 26.378, y es una disposición que tiende a proteger en forma especial a quienes son legitimarios y sufren a su vez una discapacidad. En este sentido, la solución es altamente positiva, no obstante ser cierta la crítica respecto de la exclusión del cónyuge y la mención a las dificultades que puede acarrear la prueba judicial de esta discapacidad dada la amplitud del concepto legal.

7.4 | Algunas otras modificaciones

Se simplifica en el Proyecto la figura del art. 3604 vigente al consignar en el art. 2461 que:

“...si por actos entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

Nótese que se cambia la palabra “herederos” por “legitimarios”, lo que seguramente acarreará más interpretaciones respecto a la naturaleza jurídica de la legítima.

(97) Ver AMARANTE, ANTONIO A., “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista familia y persona*, Ed. La Ley, noviembre de 2012, p. 165.

El Proyecto de 2012 también introdujo modificaciones respecto del cálculo de las porciones legítimas, estableciendo el art. 2445 que:

“...dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

Azpiri critica el hecho de que la herencia se valúa al tiempo de la muerte mientras que las donaciones se tasan a la época de la partición, pudiendo haber una distorsión.⁽⁹⁸⁾ En el proyecto de 1998, en cambio, el cálculo del valor de las donaciones se hacía a la época en que habían sido realizadas, “en valores constantes”. La solución propuesta por el Proyecto de 2012, al prever el cálculo del valor a la época de la partición “según el estado del bien a la época de la donación” puede acarrear evidentes dificultades relativas a la determinación de dicho estado. Sería más adecuado calcular todos los valores a la fecha de la partición.

En caso de que concurren herederos de diferente legítima, el art. 2446 dispone correctamente que la porción disponible se calcula según la legítima mayor.

El análisis exhaustivo de las acciones establecidas en protección de la legítima, debería ser objeto de otro trabajo, no obstante lo cual pondremos la atención en un par de cuestiones que han sido objeto de fuertes críticas. La primera de ellas, el establecimiento en el art. 2459 de un plazo de prescripción adquisitiva merced al cual “...la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión”. Esta disposición no existe en materia de colación. Se ha dicho que no se trata en realidad de una prescripción adquisitiva sino de una defensa que puede oponer el demandado a la acción de reducción,⁽⁹⁹⁾ lo cual es cierto, se trata estrictamente de un plazo de prescripción liberatoria. También se criticó que esta norma puede importar sustraer una masa importante de bienes de la protección legal, que puede provocar una gran

.....

(98) Ver AMARANTE, ANTONIO A., *Ibid.*

(99) Ver AZPIRI, JORGE, *op. cit.*

injusticia en el seno familiar y sobre todo que el plazo de prescripción puede correr antes de que nazca la acción (con la muerte del causante).⁽¹⁰⁰⁾

Se trata —en definitiva— de una cuestión de política legislativa que tiene como fin, tal como se dice en los fundamentos del Proyecto —y también en los fundamentos de su antecedente, el Proyecto de 1998— intentar solucionar el grave problema que las donaciones acarrearán al tráfico jurídico merced a las acciones reipersecutorias. Estas dificultades son públicas y notorias, y requieren de una solución, para evitar los “títulos observables” que tantos problemas suscitan, y la propuesta es una de las posibles. Es cierto que se disminuye la protección de la legítima, pero cabe también preguntarse si la protección actual no es en cierto punto excesiva y dificulta en demasía el tráfico jurídico de bienes. Por otra parte, se termina privilegiando la autonomía de la voluntad a épocas más alejadas del fallecimiento del causante, y restringiéndola en épocas más próximas a tal fallecimiento, lo cual tampoco parece un criterio desacertado desde esta perspectiva.

8 | El orden público y la autonomía de la voluntad

Se sostiene que la autonomía personal en el derecho sucesorio actual tiene un alcance muy restringido y se observa a través de la partición por el ascendente (art. 3514 del Código Civil), limitada por las elevadas porciones legítimas, la libertad testamentaria reducida a una pequeña porción disponible y las causales de desheredación. Se propone que las normas de orden público en materia sucesoria, basadas en las relaciones familiares del siglo XIX, deben modificarse en virtud de las nuevas formas de familias y relaciones interpersonales en las que se prioriza el respeto por la libertad y la mayor autonomía, incluida la disposición de los bienes *post mortem*, dejando a salvo la protección para sujetos vulnerables como menores de edad, personas con capacidades diferentes o adultos mayores. Se hace hincapié en los cambios que se observan en la realidad que llevan a propiciar estas reformas como la mayor longevidad de las personas, la democratización en las relaciones familiares, la inserción laboral de la

(100) Ver AZPIRI, *op. cit.*, AMARANTE, *op. cit.* y PÉREZ LASALA, FERNANDO, “La colación en el Proyecto de Código Civil”, en *Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, Jurisprudencia Argentina .Número especial, 2012-III, p. 59.

mujer y otros integrantes de la familia.⁽¹⁰¹⁾ Se propicia rever las nociones de solidaridad familiar tenidas en cuenta para el establecimiento de la institución de la legítima hace dos siglos y adaptarlas a la coyuntura social, política, familiar y económica de la actualidad.⁽¹⁰²⁾

El problema del orden público siempre ha generado, y continúa generando, enormes dificultades a los juristas, y se ha dicho que "constituye uno de los temas más complicados y difíciles de la ciencia jurídica"⁽¹⁰³⁾ y también que "... la dificultad de definir y precisar el concepto de orden público ha desesperado a los jurisconsultos que se han ocupado del tema".⁽¹⁰⁴⁾

Nos contentaremos entonces con aproximarnos a este concepto cuasi-inasible intentando caracterizarlo y delimitarlo (aunque sea en parte) a fin de acercarnos un poco más al sentido de la expresión.

Podemos comenzar diciendo que:

"...la noción de orden público opera de modo *instrumental*: es como un arsenal que provee los instrumentos de defensa de aquellos bienes jurídicos (se refiere a los principios generales que atañen a las instituciones consideradas inherentes a la propia organización social y a los intereses generales o públicos o el bien común, todos los que constituyen bienes jurídicos que se tienden a preservar). A veces lo logra a través de la imperatividad de la ley, otras lo infiere a través de la irrenunciabilidad de derechos y deberes, en otras fulmina con la ineficacia los actos que pudieren concluir quienes pretenden avanzar más allá del territorio reservado a la autonomía privada".⁽¹⁰⁵⁾

(101) Ver EPPSTEIN, CONSTANZA y MONJO, SEBASTIÁN, "La Autonomía personal en el derecho de sucesiones; El siglo XXI", *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 173/183.

(102) Ver ASSANDRI, MÓNICA y ESQUIVO, NICOLÁS G., "La autonomía personal 'restringida' actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles", *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 111/113.

(103) Ver DE LA FUENTE, HORACIO H., *Orden público*, Bs. As., Ed. Astrea, 2003, p. 1.

(104) Ver BORDA, GUILLERMO A., *Concepto de ley de orden público*, *La Ley*, n° 58-997, 1950, cit. por DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. y loc. cit.*

(105) Ver ZANNONI, EDUARDO A., "Prólogo", en Horacio H. De la Fuente, *Orden público*, Bs. As., Astrea, 2003.

Las dos posturas más difundidas frente al orden público son aquellas que lo vinculan a la protección de un interés general, del interés de la sociedad por sobre el individual⁽¹⁰⁶⁾ por un lado, y por otro la que ve en la noción de orden público “el conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social”.⁽¹⁰⁷⁾ Sostiene De La Fuente que la primera posición expuesta es la receptada en nuestro derecho al disponer el art. 872 del Código Civil que las personas:

“...pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.⁽¹⁰⁸⁾

Se ha dicho que la institución del orden público, defiende o garantiza el interés general, el interés de la sociedad, limitando la autonomía de la voluntad por distintos medios, entre los que cabe destacar la imperatividad de las normas, la irrenunciabilidad de los derechos y la ineficacia de los actos que lo infrinjan.⁽¹⁰⁹⁾

Así, el art. 21 del Código Civil dispone que “...las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

En definitiva, entendemos que el contenido del orden público termina siendo variable, y se corresponde con las instituciones que quieran ser especialmente protegidas por el legislador en un momento determinado.

La noción de orden público reviste una innegable importancia práctica, en tanto limita la autonomía de la voluntad de las personas (la que en principio les permite realizar convenciones libremente. Ver art. 1197 del Código Civil), y establece la existencia de derechos irrenunciables, en tanto no miren sólo al interés individual del titular sino al general.⁽¹¹⁰⁾

.....

(106) Ver DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. cit.*, p. 14, N° 7 y p. 15, N° 8.

(107) Ver LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 163.

(108) DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. cit.*, p. 20.

(109) Ver DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. cit.*, p. 23, N° 12.

(110) Ver LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado...op. cit.*, p. 164/165, nros. 196 a 198.

En cuanto a la noción de “autonomía de la voluntad”, más allá de los distintos alcances que se le otorgan a la expresión, a los fines prácticos equivale a todo el espectro de acciones que la persona puede realizar mediante su libre voluntad, en tanto no contraría el orden público.

Se trata, estrictamente y como se dijo, de cuestiones de política legislativa, y no creemos que las modificaciones proyectadas signifiquen, necesariamente, un avance absoluto de la autonomía de la voluntad por sobre el orden público, sino simplemente una variación en el contenido y alcances de este último en una cuestión particular.

9 | El problema de la constitucionalidad de la legítima

Hace mucho años, Molinario se mostró adversario del sistema legitimario por entender que va en contra de la libertad individual y que favorece la falta de esfuerzo de los hijos que recibirían gratuitamente una serie de bienes que harían innecesario su trabajo, no obstante lo cual admite a la legítima única y exclusivamente como prestación alimentaria, propiciando en definitiva la reducción del porcentaje de la cuota legítima, por entender inconstitucional el fijado en el Código Civil.⁽¹¹¹⁾

Molinario sostuvo la inconstitucionalidad de los montos de las legítimas y no del sistema legitimario. Aceptaba que los derechos de testar y de disponer a título gratuito son derechos relativos, como todos los consagrados en nuestra Constitución, y que admiten reglamentación. Objetaba el *quantum* de las porciones legítimas por entender que reduce casi en su totalidad el derecho de testar, hasta prácticamente desconocerlo. Propiciaba aplicar el criterio de la Corte Suprema de Justicia en materia impositiva al derecho sucesorio, y limitar las cuotas legítimas a un 33% del acervo hereditario.⁽¹¹²⁾

Desde una perspectiva más moderna, Salomón entiende que el sistema sucesorio testamentario plasmado en el Código Civil limita de tal manera

.....

(111) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, pp. 914/922.

(112) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, pp. 917/922.

el derecho constitucional de disponer *mortis causa* de los bienes, es decir, de testar, que lo ha desvirtuado hasta hacerlo cuasi inexistente. Destaca que se otorga gran libertad a las determinaciones extrapatrimoniales del testador y se impone una enorme limitación a sus decisiones de carácter económico. Afirma que la reglamentación legal efectuada por el Código Civil no resiste el test de constitucionalidad por encontrarla confiscatoria en las proporciones actuales, en tanto, en su *minimum* reduce la libertad de testamentaria en un 50% de los bienes del causante, en los casos en que haya herederos forzosos. Propone instaurar un sistema hereditario basado en la sucesión testamentaria y mantener la legítima hereditaria, pero reducirla de modo que no exceda el 33% del patrimonio del causante, y se basa para ello en la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia al interpretar la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada y el principio de "no confiscatoriedad".⁽¹¹³⁾

Otros autores sostienen la inconstitucionalidad de las porciones legítimas fijadas en el Código Civil por entender que no son compatibles, en los porcentajes actuales, con la libertad testamentaria y autonomía de la voluntad consagradas en la Carta Magna, dado que se consideran vulnerados los principios de equidad y de proporcionalidad entre la restricción aplicada y el fin buscado, y desoído el mandato constitucional de la reglamentación razonable, al reducir el derecho de testar hasta casi hacerlo desaparecer.⁽¹¹⁴⁾

Recientemente, Oribe sostiene la inconstitucionalidad —absoluta— de la legítima, es decir, de todo el sistema legitimario, por entender que afecta el derecho de propiedad que garantiza el art. 17 de la Constitución Nacional, así como la posibilidad de que una persona disponga libremente de su patrimonio, producto de su trabajo lícito cuyo ejercicio le garantiza el art. 14 de la Constitución Nacional, y señala que la institu-

(113) Ver SALOMÓN, MARCELO J., "Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: Propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional", en *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 46/52.

(114) Ver ASSANDRI, MÓNICA y ESQUIVO, NICOLÁS G., "La autonomía personal estringida" actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles", en *Derecho de Familia* n°53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 105/106, SALOMÓN, MARCELO J., "Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: Propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional", en *Derecho de Familia* n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 46/48 y ORLANDI, OLGA, "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI", en *Derecho de Familia* n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 9/10

ción de la legítima fomenta el ocio y la desconfianza entre los miembros de la familia.⁽¹¹⁵⁾

No compartimos estas consideraciones. El monto de la porción legítima puede ser discutido y discutible, y se trata, en definitiva, de una cuestión de política legislativa que busca, en este caso, una protección posible a las familias, y no de algo que contraríe a la Constitución Nacional. De hecho todos los derechos (tal como el de propiedad) reconocen límites en las normas legales, y ello no implica inconstitucionalidad. Por otra parte, no son ajenos a nuestra Constitución Nacional —ni al texto original ni a los Tratados Internacionales incorporados a ella a partir de la Reforma de 1994— ni la protección de la familia, ni la función social de la propiedad.

A lo dicho cabe agregar que muchos de los argumentos que se vierten resultan ser prejuicios, basados en situaciones que se presumen como las únicas posibles y, sin embargo, no lo son. Así, no siempre los bienes del causante resultan ser fruto de su trabajo, él también puede haberlos recibido por herencia, o por donación. No necesariamente se fomenta el ocio o la vagancia de los herederos, ya que éstos pueden ser menores de edad, discapacitados o enfermos. Y así podríamos seguir. inclusive se podría argumentar en sentido contrario, sosteniendo la constitucionalidad de la legítima, sin mayores dificultades.

10 | Conclusión

El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial regula la institución de la legítima hereditaria, de venerable antigüedad en el derecho argentino y en sus antecedentes, como quedó visto, en concordancia con la opinión mayoritaria de la doctrina.

Tal como en otros temas, el Proyecto busca acertadamente la simplificación y solución —muchas veces opinable, como todas las cuestiones jurídicas, claro está— de cuestiones que han sido objeto de largas y complejas interpretaciones y controversias jurisprudenciales y doctrinarias.

(115) Ver ORIBE, DIONISIO, "Inconstitucionalidad de la legítima", en *Revista Jurídica La Ley*, 07/03/2013.

Se mantiene la institución de la legítima hereditaria, límite que pone el orden público a la autonomía de la voluntad en aras del interés familiar, reduciendo los alcances de su protección para no perjudicar de más el tráfico jurídico.

Así, y más allá de algunas críticas puntuales que hemos señalado, en líneas generales el Proyecto importaría una mejora sustancial —tanto en la extensión cuanto en la claridad y coherencia— respecto de la regulación actual de esta institución.

La regulación de la legítima en el Código proyectado: Constitución Nacional, orden público y autonomía personal

por **MARCELO J. SALOMÓN**⁽¹⁾

I | Introducción

Se nos ha invitado a reflexionar en torno a la regulación sucesorio de la legítima hereditaria propuesta por el Proyecto de Reforma y unificación del derecho civil y comercial en el país, efectuado por la Comisión Jurídica-Técnica creada a tal fin,⁽²⁾ el cual actualmente se encuentra con tratamiento parlamentario en el Congreso de la Nación.

.....

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UN de Córdoba). Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UN de Córdoba) Investigador Categorizado SECyT. Juez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. Email: marcelojsalomon@arnet.com.ar

(2) El Poder Ejecutivo Nacional, por las facultades concedidas en el art. 99, inc. 1º, de la Constitución Nacional, decidió crear la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, la que está integrada por los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti —quien actuará como Presidente—, Elena Highton De Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer De Carlucci.

Atento la óptica de estudio propuesta por los coordinadores de la obra, realizaremos nuestras reflexiones desde el pórtico constitucional y engarzando el instituto sucesorio en análisis (legítima hereditaria) desde el resguardo constitucional que concede la Carta Magna nacional a la autonomía personal.

La idea nuclear de los postulados que presentamos la venimos sosteniendo desde hace varios años,⁽³⁾ aunque más recientemente la hemos condensado en un descriptivo estudio en el que hemos efectuado un severo juicio respecto de la constitucionalidad del sistema sucesorio argentino y de la legítima hereditaria, en particular.⁽⁴⁾

En esta oportunidad compartimos con el lector —según nuestro modo de ver— los principales reproches constitucionales a la reglamentación propuesta como reformadora de la legítima, sin dejar de valorar que la proposición reformadora supera con creces, y positivamente, la hoy vigente.

2 | Constitución Nacional, Código Civil y legítima hereditaria

El Código Civil, como norma constitucional secundaria, al estructurar el derecho sucesorio, busca sistematizar un conjunto de obligaciones que se generan con la muerte del causante —concretamente el fenómeno de la transmisión hereditaria— y, acometiendo ese objetivo, recurre a un instituto jurídico de relevancia, como es la legítima hereditaria.

Desde una perspectiva de inserción y validez sistémica, el Código Civil, al revestir el carácter de “norma reglamentaria” de valores y derechos constitucionalmente reconocidos, se encuentra en subordinación axiológica y normativa respecto de la Ley Fundamental.

Para poder indagar el grado de concordancia y armonía que guarda el sistema sucesorio testamentario argentino respecto del ideario de nuestra

(3) SALOMON, MARCELO J., "La Constitución Nacional y la legítima hereditaria", en JA 2001-IV-913.

(4) SALOMON, MARCELO J., *Legítima Hereditaria y Constitución Nacional, Examen constitucional de la herencia forzosa*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2011.

Constitución Nacional y el derecho humanitario, se torna necesario previamente determinar el contenido y el valor jurídico de cada uno de los paradigmas constitucionales involucrados, ya que éstos son los axiomas o los pilares sobre los que se debe asentar la norma reglamentaria (Código Civil).

Al reglamentar el derecho constitucional a testar, el Código asume dos matrices totalmente distintas, pues otorga una amplísima libertad a la hora de resolver decisiones testamentarias sin contenido económico, pero, en cambio, si la decisión del causante es de contenido patrimonial, sufrirá una fuerte restricción en el supuesto que, a su muerte, le sucedan cierta categoría de herederos (llamados forzosos o legitimarios).

Es decir, el testamento que no verse sobre materias de índole patrimonial carece de mayores restricciones reglamentarias y, por lo tanto, debe estar-se al amplio margen de libertad individual protegido y resguardado por el art. 19 CN.⁽⁵⁾

La razón de la escasa normativa reglamentaria en materia de disposiciones testamentarias extrapatrimoniales puede deberse a la tradicional consideración del testamento como acto de disposiciones de bienes, y sólo circunstancialmente como instrumento directriz de decisiones personales exentas de contenido económico.

Por lo tanto, resaltamos que en Argentina existe una profunda libertad testamentaria respecto de decisiones que no impliquen distribución del patrimonio del causante. Muy distinta es la situación reglamentaria que el Código Civil asume para el testamento en el cual se establezcan distribuciones de bienes integrantes del caudal relicto.

El Código Civil, de existir herederos forzosos (los que se determinan por la pertenencia “familiar” del sujeto), adopta una matriz reglamentaria totalmente opuesta a la libre disposición patrimonial e impone una fuerte restricción a la facultad de orientar el porvenir patrimonial del causante.

.....
(5) En cuanto a las decisiones testamentarias no patrimoniales, más allá de la detallada descripción de los modos y formas de elaborar el testamento, la ley argentina no impone —en general— restricciones específicas y particulares (tal como surge de la lectura de la regulación específica y pormenorizada contenida en los Títulos XII y XIII de la sección Primera del Código Civil, arts. 3622/ 3709).

Así, en aquellos procesos sucesorios en los que existan herederos forzosos, luce como una de las instituciones centrales del sistema argentino, la llamada “legítima hereditaria”, que en su faz operativa materializa los contornos reglamentarios en el ámbito patrimonial del derecho constitucional de testar (arts. 14, 19, 20, 28, 75, 99 y cc. CN).

El sistema ideado por el Codificador —quien no se enrola íntegramente en ninguno de los precedentes de su época, impulsando un sistema sucesorio y testamentario de características particulares— determina que la legítima hereditaria recaer sobre una porción del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinadas categorías de herederos, restringiendo las facultades de disposición de eficacia definitiva de su titular al excedente de ella.

En este marco general, el causante sólo está facultado para disponer de sus bienes “hasta la concurrencia de la porción legítima”, tal como lo dispone el art. 3591 CC en su parte final.

Esta porción reservada por ley no puede ser menguada ni disminuida por acto alguno del causante, teniéndose por “no escritas” —además— las disposiciones que la sujetan a algún gravamen o condición.

3 | Autonomía Personal, derecho constitucional a testar y legítima hereditaria

El testamento es un acto jurídico que expresa la voluntad del testador y que tiene por fin la ejecución de efectos jurídicos para después de la muerte del causante.⁽⁶⁾ Desde otra perspectiva, en su expansión y alcance, configura una expresión de la potestad y la libertad del testador, que se produce en vida y con efectos para luego de la muerte.

Sin desconocer la trascendencia religiosa o social que tuvo en sus orígenes, el testamento en la actualidad es un acto jurídico que generalmente tiene disposiciones de contenido patrimonial, aunque puede contener

(6) PÉREZ LASALA, JOSÉ LUIS, *Derecho de Sucesiones*, T. II, Bs. As., Ed. Depalma, 1981, p. 216 y ss.

otras que no lo sean y que buscan efectivizar cuestiones a veces más trascendentes que los asuntos económicos.⁽⁷⁾

La Constitución Nacional realiza un reconocimiento manifiesto al derecho a testar. Si bien éste se encuentra nominalmente expresado en el artículo de los “derechos de los extranjeros” (art. 20 CN), sus efectos se hacen extensivos a todos los habitantes de la nación.⁽⁸⁾

Este reconocimiento realizado por nuestra Carta Magna importa para el Estado la obligación constitucional de garantizar a todos los individuos la facultad de determinar el destino de sus circunstancias personales para después de su muerte, a través de disposiciones testamentarias, las que podrán estar provistas o no de contenido económico y buscan tener impacto jurídico una vez acontecido el deceso del testador.

En consecuencia, ejercer el derecho a testar —desde el plano constitucional— implica poner en movimiento un doble juego de derechos: la libertad en la determinación del proyecto de vida personal y la disposición de la propiedad individual a través de la determinación del destino que los bienes propios habrán de seguir para después de la muerte del individuo.

Es decir, cuando alguien formula su testamento, está llevando a cabo significativos actos y buscando obtener efectos jurídicos que reflejen su Proyecto de vida, lo que implica sostener que en su testamento está manifestando su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada.⁽⁹⁾

(7) Sobre el respeto a la voluntad del causante en diferentes ámbitos jurídicos, puede verse: ROLLER, GABRIEL G. "Cuando no se cumple la voluntad del causante: de cartas misivas post mortem, albaceas y secretos. Comentario a fallo: CSJN, N. M. E. s/ sucesión", en *RDF* 2007-I, 09/05/2006, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

(8) Al debatirse en el seno de la Convención Constituyente el texto del artículo, en la sesión del 25 de abril de 1853, el convencional Gorostiaga pidió la palabra para explicar que el inciso en que se disponía que los extranjeros podían casarse y testar, y dijo que se debía entenderse que los extranjeros podían usar de esta facultad conforme a la ley, proponiendo se expresase esa condición en el artículo. Apoyada generalmente la modificación propuesta, se redactó el inciso en estos términos: "testar y casarse conforme a las leyes". El artículo se votó en esa forma, resultando aprobado por mayoría de votos, en *LL*, Asambleas Constituyentes Argentinas, T. VI, 2ª parte, p. 783.

(9) Hemos abordado con anterioridad el tema en FUENTES, JUAN ANTONIO; SALOMÓN, MARCELO JOSÉ, "La prohibición de la sustitución fideicomisaria como limitación a la facultad de testar", en *Foro de Córdoba*, año XIV, n° 81, 2003. Ed. Advocatus, Cba., 2003, p. 45.

Emitir un testamento implica realizar un acto —quizás el último de la etapa vital— que se enlaza con el desenvolvimiento del proyecto de vida que cada uno de nosotros se ha diseñado, desde el pedestal de la autonomía personal.

El resguardo constitucional al proyecto de vida autorreferencial configura un marco de actuación personal exento de interferencias e intervenciones (del Estado o de otros individuos) en el cual —día a día— se materializa un proceso vital, dinámico y cambiante asentado en modelos propios de desarrollo y cuyas decisiones son reflejo del ejercicio de la sublime libertad personal.⁽¹⁰⁾

En consecuencia, ejercer la autonomía personal en el proyecto de vida autorreferencial implica la existencia de un plan de desarrollo vital que cada persona, en ejercicio de su innata libertad, procura llevar adelante en el transcurso de su vida, a través de actos, manifestaciones y consecuencias en el ámbito personal y en el ámbito social. El acto testamentario claramente se anida y enclava —desde la axiología constitucional— en la defensa de la autonomía personal y viene a representar un acto de ejercicio —quizás, el último— del proyecto de vida autorreferencial que el causante ha dado a su existencia terrenal.

Por otra parte, la disposición testamentaria de contenido económico es una de las formas del ejercicio del derecho constitucional de propiedad, por lo que el testamento se traduce en la potestad que debe gozar todo habitante de escoger el destino de los bienes que cosechó a lo largo de su vida, sin que tal facultad pueda ser coartada por arbitrarias limitaciones reglamentarias.

En esta línea, destacamos que propiedad y libertad están ínsitamente vinculadas, pues si se carece de un mínimo de propiedad, se restringe severamente —en los hechos— el despliegue del ejercicio de la libertad personal. Las decisiones que adopta el “propietario” al usar y disponer de sus bienes, reflejadas en sucesivos actos jurídicos, constituyen expresión

(10) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?", en *RDF* 1999-15-9, Lexis N° 0029/000285 ó 0029/000304 ó 0029/000295; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, 3ª ed., Bs. As, LL, 2006, p. 184.

y expansión de su "libertad" respecto a las opciones que le otorga la sociedad que integra.⁽¹¹⁾

No obstante, el derecho de propiedad —por habilitación constitucional— puede verse restringido por la potestad tributaria del Estado, siempre que la misma no se torne confiscatoria.

La confiscatoriedad se configura cuando media la "absorción" por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o del capital gravado, dependiendo la valoración de la misma de las circunstancias temporales y espaciales que condicionan su aplicación.⁽¹²⁾

La CSJN, con doctrina sostenida en el tiempo, ha generalizado la regla según la cual la potestad tributaria se torna confiscatoria cuando la imposición involucra una carga que grava en más del 33% la materia imponible.⁽¹³⁾

En una línea de consolidación de su doctrina, el Alto Tribunal ha hecho extensiva la teoría de la "confiscatoriedad" como regla de regulación a otras ramas jurídicas que exceden el ámbito tributario, lo que constituye una máxima de hermenéutica constitucional respecto a la inexorable vinculación que debe existir en la reglamentación de los derechos patrimo-

(11) En ese sentido puede verse, entre muchos otros: LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte Especial*. Tomo IV. La Libertad Constitucional – Libertades particulares. Bs. As., Ed. Alfa, 1956; DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, *Derecho constitucional económico*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2006; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado – Editoriales de derecho reunidas, 1993; ADROGUÉ, MANUEL I., *El derecho de propiedad en la actualidad*, Bs. As., Ed. Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 1995; BADENI, GREGORIO, "Reflexiones sobre la propiedad privada", en LL 2002-B, 896. Derecho Constitucional-Doctrinas Esenciales, 01/01/2008, p. 727; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "El individualismo liberal del Código Civil y la pretendida función social de la propiedad", en LL 1991-A, 959; PALAZZO, EUGENIO LUIS, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad", en MJ-DOC-978-AR.

(12) Al respecto puede verse el prolijo relevamiento jurisprudencial de nuestro máximo tribunal realizado por Horacio García Belsunce, quien logra desentrañar distintos parámetros de "confiscatoriedad" según la naturaleza del tributo y la especialidad de la propiedad. Para profundizar el tema, con provecho, puede verse: GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., "Algo más sobre la confiscatoriedad en la tributación", en LL 1990-E, 651

(13) La doctrina que establece como *quantum* máximo de imposición al 33% del capital o de la renta, fue establecida por la Corte Suprema de Justicia con motivo de analizar la constitucionalidad de tributos que recaían sobre los inmuebles. Entre otros, puede verse: Fallos 206:214; 206:247.

niales, situación también aplicable al contenido patrimonial del derecho constitucional a testar.⁽¹⁴⁾

El razonamiento efectuado nos permite sostener que la facultad de dictar un testamento con cláusulas de contenido patrimonial vincula inexorable e inseparablemente al derecho a testar con el derecho de propiedad, valuarle del sistema constitucional argentino.

Esto es así, ya que cuando el testador instituye herederos, realiza legados o pretende mejorar la situación patrimonial de algunos de sus herederos forzosos, lo que está realizando es una “disposición” de su patrimonio que deberá tener efectos para después de su muerte.

Más claramente: la disposición testamentaria de contenido económico es una de las formas del ejercicio del derecho constitucional de propiedad.

A fin de consumar el desarrollo de la máxima extensión constitucional del derecho a testar, es importante destacar que la facultad del testador para excluir con justas causas (desheredar) a los herederos legitimarios también forma parte central del núcleo de prerrogativas esenciales del derecho a testar.

Más claramente: la desheredación integra el elenco de facultades que hacen a la esencia del derecho constitucional a testar, por lo que se torna obligatorio para el Congreso establecer una previsión normativa que garantice la posibilidad cierta del ejercicio de la desheredación por parte del testador.

Lo antedicho nos autoriza a sostener que cada ciudadano argentino puede —desde el atrio constitucional— estructurar su testamento con libertad y autonomía, materializando para después de su muerte algunas manifestaciones o influjos de su proyecto de vida autorreferencial y, a su vez, decidir el destino y titularización de los bienes que alcanzó durante su existencia.

(14) En el ámbito del derecho del trabajo, el Alto Tribunal ha expuesto y defendido la tesis de la confiscatoriedad. “Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A.” (14/09/2004), Fallos 327:3677. Para profundizar sobre el tema, puede verse entre otros: Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 25, con nota de Juan José Etala; Héctor P. Recalde; Mariano Recalde; Daniel Funes de Rioja; Rodolfo Capón Filas; Horacio Schick; Julián A. de Diego; DJ 2004-3, 266 - DJ 2004-3, 322, con nota de Sergio J. Alejandro; DT 2004 (septiembre), 1211 - LA LEY 04/10/2004, 5, con nota de Mario Ackerman; IMP 2004-B, 2581 - TySS 2004, 766.

La autonomía personal y el ejercicio del derecho de propiedad expresado en el testamento se vería violentado si tiene lugar una intromisión legal que implique una sustancial restricción del mismo, basada en una planificación estatal que —respondiendo a intereses familiares o sociales— imponga una distribución forzosa del patrimonio con clara limitación de la libre disposición del mismo.

No obstante, destacamos que valores trascendentes de nuestra Carta Magna justifican la imposición de límites a la libertad testamentaria.

Así, el mandato constitucional de protección integral de la familia, y la tutela especial a familiares en situación de vulnerabilidad derivada del principio de la solidaridad familiar, habilitan la imposición —previa verificación fáctica de las razones esgrimidas— de restricciones reglamentarias al acto testamentario.⁽¹⁵⁾

De todos modos, debe tenerse presente que en el derecho sucesorio, al encontrarse afectados derechos personalísimos esenciales de la persona, debe tenerse especial cuidado al momento de reglamentar categorías o distinciones ya que la mínima desviación discrecional podría derivar en una discriminación arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional.

Pese a lo dicho, quisiéramos destacar que el diseño constitucional argentino no se muestra incompatible con la posibilidad de establecer legislativamente un mecanismo de distribución forzosa del patrimonio *mortis causa* (legítima hereditaria) como una de las formas de reglamentación del derecho constitucional a testar.

La plataforma constitucional descrita —tanto en su faz axiológica como en su faz instrumental— no habilita ni aprueba sostener la postura que lisa y llamamente prohíbe o deniega la introducción en el régimen sucesorio argentino de un sistema de distribución forzosa del patrimonio.

El Congreso Nacional, en la diagramación del sistema sucesorio (expresión legislativa del derecho constitucional a testar) es soberano en la elec-

.....

(15) Hemos abordado en profundidad el tema de las consecuencias jurídicas de la llamada solidaridad familiar en las relaciones interpersonales en nuestra obra: LLOVERAS, NORA; SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., Ed. Universidad, 2009.

ción de la alternativa reglamentaria que más se ajuste a los valores constitucionales en juego.

Ese diseño “legislativo” elegido revelará los “criterios de oportunidad, mérito y conveniencia” que el Parlamento adopte en el marco de un plan de gobierno para la comunidad; en esa línea, éste puede escoger entre diferentes variables reglamentarias siempre que las mismas se adapten a los cánones de razonabilidad constitucional que vienen exigidas por las normas pertinentes de nuestro texto fundamental (arts. 14, 19 y 28 CN).⁽¹⁶⁾

No obstante, existe una característica definitoria a la política legislativa sucesoria: el reconocimiento constitucional expreso y manifiesto del derecho a testar, la concepción liberal del sistema de derechos sostenido por nuestra Carta Magna y la clara defensa del derecho de propiedad imponen como mandato fundamental el deber de edificar el sistema sucesorio cimentándolo sobre la base de la libertad testamentaria.

Esta afirmación importa, definitivamente, que el Código Civil está obligado a construir su sistema sucesorio desde el pedestal de la autonomía personal, la valoración y estima del ejercicio de la propiedad y el respeto a la esencia del derecho constitucional a testar.

Por ello, no puede el Parlamento, so pretexto de compatibilizar diferentes reivindicaciones constitucionales, llegar al extremo de optar por una alternativa sucesoria que implique —en los hechos— la desnaturalización y negación del derecho a testar, al conceder exiguas facultades dispositivas al testador.

Más claramente: si la Constitución Nacional, dentro de su plexo central de derechos, acuerda a los habitantes la facultad de disponer de su propiedad, y ese derecho —cuando la disposición se hace para después de

(16) Para profundizar respecto al proceso constitucional de reglamentación de derechos, entre otros, puede verse: BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 1º, Bs. As., Ed. Ediar, 2000; EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1994, T. I; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, 3ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2001; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Bs. As. Ed. Astrea, 2002; CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Bs. As., Ed. Ábaco, 2004.

la muerte de su titular— se materializa en el llamado “derecho de testar”, el Código Civil, al reglamentarlo, no puede cambiarlo y convertirlo en un derecho de disposición reducido a una parte mínima del haber del habitante de la Nación, pues al hacerlo desconocería la esencia, la sustancia y el contenido determinante y distintivo del derecho que reglamenta.

4 | La “legítima proyectada”

El sistema sucesorio proyectado en su columna vertebral es idéntico a la estructura general del Código Civil vigente.

Como bien señalan Lloveras-Orlandi, el Proyecto no se aparta del sistema sucesorio intestado de remoto origen romano, subjetivo, manifestado en la sucesión por líneas y grados de parentesco, a los cuales se suma el consorte sobreviviente.⁽¹⁷⁾

En cuanto al llamamiento hereditario, no surgen alteraciones a la aplicación del principio de la jerarquía de los órdenes hereditarios y el procedimiento en caso de concurrencia de dos o más de ellos. En identidad al régimen actual, la reforma propone convocar primero a los descendientes y, no habiéndolos, llama a los ascendientes; unos u otros concurrendo con el cónyuge supérstite. El viudo/a hereda como único sucesor universal *ab intestato* cuando no sobrevivan al causante descendientes ni ascendientes, descartando a los herederos colaterales, quienes tienen llamamiento solamente en ausencia de descendientes, ascendientes y cónyuge.

En torno a la legítima hereditaria, de manera central el Anteproyecto produce algunas reducciones de las porciones actualmente vigente, disminuyendo la de los descendientes dos tercios (2/3) y la de ascendientes a un medio (1/2), manteniendo la del cónyuge supertite en similar proporción a la de los ascendientes (1/2).

Como efecto jurídico colateral sobre la legítima hereditaria podemos decir que el derecho proyectado suprime el derecho hereditario *ab intestato*

.....

(17) LLOVERAS, NORA y ORLANDI, OLGA, “La sucesión intestada en el Proyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, número especial: “Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el ante Proyecto de Código Civil”, Bs. As. 2012-III, fac. 7, p. 63.

de la nuera viuda sin hijos en la sucesión de sus suegros; introduce la posibilidad de mejora hasta un tercio de las porciones legítimas en el caso de herederos con discapacidad y suprime la desheredación.

Concretamente, las porciones de la legítima se regulan en el art. 2445 y específicamente se las determina en las proporciones supra referenciado. La disminución propuesta por el Anteproyecto responde a un reclamo doctrinal mayoritario que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante.⁽¹⁸⁾ Además, se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país. (art. 2448 del Proyecto).⁽¹⁹⁾

5 | Análisis constitucional de la “legítima proyectada”

Si bien calificamos como un avance reglamentario sustancial el derecho sucesorio proyectado, entendemos que en varias aristas del mismo se pueden realizar varias objeciones constitucionales, como por ejemplo la desaparición de la facultad de ejercer la desheredación, el mantenimiento de la exclusión de órdenes hereditarias a la concurrencia de la legítima o la no concepción de algún tipo de beneficio sucesorio a los miembros de las uniones convivenciales cuando aquéllos no hubieron pactado tal circunstancia.

De todos modos, y para enmarcar el análisis en el tema específicamente pedido a continuación efectuaremos una severa crítica constitucional, no

(18) Para consultar un relevamiento específico y detallado, veáse: ORLANDI, OLGA, “¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?”, en JA 2006-III-1034; SJA 9/8/2006, Lexis N° 0003/012725; LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA, “La legítima en el derecho argentino: ¿tradición jurídica o adecuación a las características sociológicas y jurídicas del siglo XXI?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año 1, n° 2, Bs. As., La Ley, 2009, p. 155.

(19) Art. 2448 del Proyecto: “Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de 1/3 de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

al mantenimiento de la herencia forzosa (legítima hereditaria), sino a la cuantía que el Proyecto concede a la misma.

Adelantamos sintéticamente nuestra opinión: en la descripción de los diferentes supuestos contenidos en el Proyecto de Reforma del Código Civil se limita de manera tal la facultad testamentaria que se ha desvirtuado el derecho constitucional a testar, atacando su esencia, desconociendo su contenido inesquivable esencial ya que ni en la graduación mayor permitida (del 50%) se observa nítidamente que la “libertad testamentaria” sea la regla del sistema sucesorio.

Nos adentramos en nuestro razonamiento y fundamento.

Si, tal como hemos dicho, la CSJN ha hecho extensiva la “doctrina de la confiscatoriedad” a otros ámbitos de manifestación del derecho de propiedad, constituyéndose a partir de ello en una máxima de hermenéutica constitucional respecto de la inexorable vinculación que debe existir entre “poder de imposición-propiedad-reglamentación legislativa”, la misma también debe aplicar al mundo del derecho sucesorio.

En consecuencia, valiéndonos de los criterios de nuestro Máximo Tribunal, se torna inevitable concluir que ninguna de las cuotas de legítima hereditaria antes reseñadas supera este especial test de confiscatoriedad que se deriva de la garantía constitucional de la propiedad.

Las cuotas de legítima hereditaria establecidas en el sistema de herencia forzosa impuesto por el Proyecto de Código Civil son palmariamente “confiscatorias”, pues superan con creces el porcentaje del treinta y tres por ciento (33%) establecido como margen tolerable de absorción del capital disponible —en este caso, el “patrimonio del causante”—.

Este razonamiento se refuerza si consideramos que, en vida de una persona, su capacidad de actuar respecto de su patrimonio no encuentra más limitaciones que las civiles y las administrativas, por lo que no se advierten razones valederas que justifiquen tales restricciones imperativas en materia de disposiciones testamentarias.

Esto es así porque tanto el Código Civil vigente como la Reforma propuesta, invocando la “solidaridad familiar”, durante la vida del causante,

en general, solamente establecen obligaciones alimentarias respecto de algunos de sus parientes menores de edad o mayores pero incapacitados —las que nunca se cuantifican en un porcentaje del patrimonio existente, como sí lo hace el sistema establecido en la legítima hereditaria—.

Destacamos que la “solidaridad familiar”, alegada como fundamento de la legítima hereditaria, no encuentra igual correlato limitativo respecto del ejercicio del patrimonio durante la vida del causante.

En consecuencia, no resulta constitucionalmente razonable sostener que la “solidaridad familiar” imponga que en vida del causante, éste sólo deba alimentos a ciertos miembros de la familia, pero una vez fallecido, por imperio de esa misma “solidaridad familiar” se limite significativamente el ejercicio de su derecho de propiedad.

Desde la axiología constitucional no se encuentran razones de peso que justifiquen que exista una amplísima libertad testamentaria para cuestiones sin contenido patrimonial y, en cambio, esa posibilidad sea exigua en disposiciones de contenido económico, más aún cuando en vida del causante estas limitaciones nunca se aplicaron.

Creemos que las normas proyectadas del Código Civil que instituyen la legítima hereditaria, acotando la libertad testamentaria y la libre disposición del patrimonio del causante, confrontan con disposiciones contenidas en la Constitución Nacional el techo ideológico que inspira a ésta y el plexo de valores que tiende a proteger.

Pretendemos dejar clara nuestra posición: no estamos sosteniendo la libertad absoluta de testar, ya que sería claramente inconstitucional. Lo que objetamos es la forma en que se ha limitado este derecho.

Lo que estamos postulando es que en nuestro país, y bajo la actual Constitución Nacional, no existe otra posibilidad legislativa que establecer un régimen sucesorio con libertad testamentaria que permita ejercer adecuadamente el derecho de propiedad, sin interferencias arbitrarias que menoscaben el proyecto de vida del causante, el que se ve materializado en las disposiciones testamentarias de última voluntad.

No obstante, ejerciendo una mirada integrada al entorno del causante, destacamos que en la vida diaria de cualquiera de nosotros es decisiva la

participación de la familia en la formación del patrimonio, ya que generalmente los bienes que obtenemos se consiguen merced al esfuerzo de todos los integrantes del grupo familiar, algunos participando en su gestación, otros resignando tiempos y proyectos personales en la búsqueda de un progreso del grupo familiar.

En consecuencia, producido el deceso de uno de los integrantes del grupo familiar —bajo el influjo de la solidaridad familiar— se torna ineludible la participación de sus afectos familiares más próximos en la distribución de los frutos obtenidos por su trabajo personal. Esta concepción constituye uno de los fundamentos axiológicos que nos llevan a sostener la defensa de la legítima hereditaria.

Por lo tanto, y dentro de los límites reglamentarios que habilita la Ley Fundamental, nos manifestamos partidarios del sostenimiento de la legítima hereditaria como forma de distribución forzosa del patrimonio del causante entre sus afectos familiares más próximos.

Por todo lo dicho, propiciamos un sistema hereditario que tenga como régimen principal a la sucesión testamentaria y que, a la vez, salvaguarde la distribución forzosa del patrimonio en el ámbito familiar estableciendo la legítima hereditaria como mecanismo de protección constitucional de los vínculos familiares, pero no pudiendo su extensión máxima ser superior al 33% del patrimonio dejado por el causante.

6 | Conclusiones

A manera de síntesis reinstalamos las siguientes conclusiones:

1. Ejercer la autonomía personal implica la existencia de un plan de desarrollo vital que cada persona, en ejercicio de su innata libertad, procura llevar adelante en el transcurso de su vida, a través de actos, manifestaciones y consecuencias en el ámbito personal y en el ámbito social.
2. El acto testamentario claramente se anida y enclava —desde la axiología constitucional— en la defensa de la autonomía personal y viene a representar un acto de ejercicio —quizás, el último— del proyecto de vida autorreferencial que el causante ha dado a su existencia terrenal. Cuando alguien formula su testamento, está llevando a cabo significativos actos y buscando obtener efectos jurídicos que reflejen su proyecto de vida, lo que implica sostener que en

su testamento está manifestando su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada.

3. La disposición testamentaria de contenido económico es una de las formas del ejercicio del derecho constitucional de propiedad, por lo que el testamento se traduce en la potestad que debe gozar todo habitante de escoger el destino de los bienes que cosechó a lo largo de su vida, sin que tal facultad pueda ser coartada por arbitrarias limitaciones reglamentarias.
 4. La autonomía personal y el ejercicio del derecho de propiedad expresado en el testamento se vería violentado si tiene lugar una intromisión legal que implique una sustancial restricción del mismo, basada en una planificación estatal que —respondiendo a intereses familiares o sociales— imponga una distribución forzosa del patrimonio con clara limitación de la libre disposición del mismo.
 5. En los diferentes supuestos contenidos en el Proyecto de Reforma del Código Civil se limita de manera tal la facultad testamentaria que se desvirtúa el derecho constitucional a testar, atacando su esencia, desconociendo su contenido inesquivable esencial.
 6. Las cuotas de legítima hereditaria establecidas en el sistema de herencia forzosa impuesto por el Proyecto de Código Civil son palmariamente “confiscatorias”, pues superan con creces el porcentaje del treinta y tres por ciento (33%) establecido como margen tolerable de absorción del capital disponible, en este caso el “patrimonio del causante”.
-

Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- ADROGUÉ, MANUEL I., *El derecho de propiedad en la actualidad*, Bs. As., Ed. Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 1995.
- ALARCÓN, ENRIQUE, “Presente y acción en Aristóteles”, en *Revista de Filosofía Tópicos*, Universidad Panamericana [en línea], http://topicos.up.edu.mx/topicos/wp-content/uploads/2012/12/TOP17_Alarcon_presente_accion_aristoteles.pdf
- ALEGRÍA, HÉCTOR; ALTERINI, ATILIO; ALTERINI, JORGE; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J.; RIVERA, JULIO; ROITMAN, HORACIO, *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1999.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARANTE, ANTONIO A., “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DFyP 2012* (noviembre), 01/11/2012.
- AMRANI-MEKKI, SORAYA, “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, Universitat de Valencia, 2008.
- ARBONES, MARIANO, “Prólogo” en CARRANZA TORRES, LUIS A., *Técnica de la perención o caducidad de instancia. Los tiempos que aniquilan procesos*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2008.
- ARGAÑARAZ, MANUEL J., “Legado de bien ganancial”, en *LL* 56-931.
- ASSANDRI, MÓNICA y ESQUIVO, NICOLÁS G., “La autonomía personal “restringida” actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles”, en *Derecho de Familia* n°53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- ASSANDRI, MÓNICA y ESQUIVO, NICOLÁS G., “La autonomía personal 'restringida' actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles”, *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- AZPIRI, JORGE O., “La legítima en el Anteproyecto de Código Civil”, en Alejandro Tuzio (dir.), Nora Lloveras y Olga Orlandi (coords.), *Primeras Reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, Bs. As., *Jurisprudencia Argentina*, 2012- III.
- AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- AZPIRI, JORGE O., *Uniones de Hecho*, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, “Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, “Relaciones entre padres e hijos”, n° 26, Bs. As., LexisNexis, 2004.
- BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, “El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación”, en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.) y Marisa Herrera (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BADENI, GREGORIO, “Reflexiones sobre la propiedad privada”, en *LL* 2002-B, 896: Derecho Constitucional- Doctrinas Esenciales, 01/01/2008.
- BALLARÍN, SILVANA, *La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos*, La Plata, Librería Editora Platense.
- BARBERIO, SERGIO J., “Cargas dinámicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar?”, en *JA*. 2003-II, fasc. 11, LexisNexis, 11/06/2003.
- BARREIROS, LUCAS y UMAN, NADIA, “Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 58, Abeledo Perrot, 13/03/2013.
- BASSET, ÚRSULA, *Calificación de los bienes en la sociedad conyugal*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010.
- BASSET, ÚRSULA, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, en *LL* 2012-E.
- BASSET, ÚRSULA, “La filiación después de la muerte. Un caso de adopción”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, febrero, Bs. As, La Ley, 2013.
- BASSET, ÚRSULA, “Modificaciones al régimen económico del Matrimonio en el Proyecto, en *Revista Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial*, 2012 - 2, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2012.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *La cultura como praxis*, Barcelona, Paidós, 2002.
- BECK, URLICH y BECK GERNSEIM, ELISABETH, *Amor a distancia. Nuevas formas de vida en la era global*, Bs. As., Paidós Contexto, 2013.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*, Bs. As., Ed. Depalma, 1975
- BELLUSCIO, AUGUSTO; ZANNONI, EDUARDO, *Código Civil y Leyes complementarias, comentado y anotado*, Bs. As., Astrea, 1986.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, 9ª ed. actualizada, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación Sucesoria*, Bs. As., Despalma, 1975.
- BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1821, t. II, p. 46.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ y CANO, RODRIGO, “La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, BIB 2003\1448”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 16/2003, Parte Tribuna, Pamplona, Editorial Aranzadi SA, 2003.
- BERGER, PETER; BERGER, BRIGITTE y KELLNER, HANSFRIED, *Un mundo sin hogar, Modernización y conciencia*, Santander, Ed. Sal Terrae, 1979.
- BERIZONCE, ROBERTO, “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2008-II.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *RDF* 1999-15-9, Lexis N° 0029/000285 ó 0029/000304 ó 0029/000295.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 997-F-145.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Bs. As., Ed. Ediar, 2000.
- BISCARO, BEATRIZ R. y SANTANGELO, MARÍA V., “El respeto a la autonomía de la voluntad en la sentencia de divorcio”, en *SJA*, 29/12/2010.
- BONFANTE, PEDRO, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 553/554.
- BORDA, ALEJANDRO, “Matrimonio y Familia”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2012-E, p. 1345.
- BORDA, GUILLERMO A., *Concepto de ley de orden público*, La Ley, n° 58-997, 1950.
- BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 579.
- BORDA (H.), GUILLERMO J., “Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial unificado (entre la ideología del reformador y la tradición de los argentinos)”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012.
- BORDA (H.), GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, T. I, .Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994.
- BORGONOVO, OSCAR, *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*, Bs. As., Hamurabi, 1980.
- BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen Jurídico del concubinato*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As, Astrea, 1990.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “El individualismo liberal del Código Civil y la pretendida función social de la propiedad”, en *LL* 1991-A, p. 959.
- CÁRDENAS, EDUARDO, “Hogares de tránsito y adopción. ¿Compartimentos comunicados o estancos?”, en *DJ*, 2004.
- CECCHINI, FRANCISCO C., *El proceso de familia*, Santa Fé, Ed. Panamericana, 2006.
- CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Bs. As., Ed. Ábaco, 2004.
- COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., “La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado”, en Ángel Luis Rebollo Varela (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010.
- CÓRDOBA, MARCOS M., “Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados”, en *La Ley*, 28/03/2011.
- CÓRDOBA, MARCOS M., “Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial*, n° 1, 2012 -2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013.
- CÓRDOBA, MARCOS M., “Las reformas en materia de sucesiones”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*”, Bs. As, Abeledo Perrot, 2012.
- CHECHILE, ANA MARÍA, “Derecho alimentario entre hijos y padres afines”, en *JA* 1997-I-860.
- CHECHILE, ANA MARÍA, “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *RDF* 57/167.
- CHIAPPINI, JULIO, “Observaciones al proyecto en materia de alimentos”, en *La Ley Online*, www.laleyonline.com
- DALLA VÍA, ALBERTO R., *Derecho constitucional económico*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2006.
- DE GASPERI, LUIS, *Tratado de Derecho Hereditario*, T. 4, n° 594, Bs. As., TEA, 1953.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- DE LA FUENTE, HORACIO H., *Orden público*, Bs. As., Ed. Astrea, 2003.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreviniente en el proceso civil”, en *Revista Jurídica La Ley* 2003-F, 1309.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, en *La Ley* 2012-B, 1062.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en Peyrano y otros, *Nuevas herramientas procesales*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2013.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “La flexibilización de la congruencia”, en *Revista Jurídica la Ley*, Suplemento especial: Cuestiones procesales modernas, octubre, 2005.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Las medidas provisionales de los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en *Revista de Derecho Procesal 2013-I, Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales*, Rubinzal Culzoni, 2013.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Los hechos en el proceso y la flexibilización del principio de congruencia” en Morello, Augusto M. y otros, *Los hechos en el proceso civil*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 59/70.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, en *JA* 2000-I-752.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Postulación y flexibilización de la congruencia. Su análisis con relación al Código Procesal Civil peruano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n° 6, 2004.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Principio de congruencia”, en Peyrano y otros, *Principios procesales*, T. I, Rubinzal Culzoni, 2011, pp. 199/238.
- DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de Code Napoléon*, T. 21, París.
- DI PIETRO, ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Bs. As., Depalma, 1999
- DÍAZ, CLEMENTE, *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1972.
- DIEZ PICAZZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de derecho Civil*, 8° ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2001.
- DIEZ PICAZZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Sucesiones*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 2001.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, Bs. As., Ed. Depalma, 1994.
- ELÍAS, NORBERT, *Sobre el tiempo*, México-Madrid-Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1989.
- EPPSTEIN, CONSTANZA y MONJO, SEBASTIÁN, “La Autonomía personal en el derecho de sucesiones; El siglo XXI”, *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- EVAGGI, ABELARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano-indiano/nacional)*, Bs. As., Ed. Depalma, 1996, t. II, p. 335.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- FAMÁ, MARÍA V.; HERRERA, MARISA y REVSIN, MOIRA, “Un fallo que actualiza el debate sobre las causales de separación personal y divorcio vincular”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, Bs. As., 2004-II.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA, “Convivencias de parejas: aportes para una futura regulación, en Derecho de Familia”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Aportes para el Proyecto de reforma al Código Civil en el campo del derecho de familia y sucesiones*, n° 52, Bs. As., Abeledo Perrot, noviembre de 2011.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA, “Nuevas tendencias jurisprudenciales en material de divorcio”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n°. 44, 2009.
- FANZOLATO, EDUARDO, “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el Mercosur”, en Cecilia Grosman (dir.) *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.
- FASSI, SANTIAGO, *Tratado de los testamentos*, T. I, Bs. As., Astrea, 1970.
- FERNÁNDEZ, SILVIA “Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción”, en *Revista Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 58, Abeledo Perrot, 13/03/2013.
- FERNÁNDEZ, SILVIA, “Protección cautelar en el derecho familiar” en Camps, Carlos, *Tratado de las medidas cautelares*, Bs.As., La Ley, 2012.
- FERRER, FRANCISCO, “Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código”, en *LL*, 25/10/2012.
- FERRER, FRANCISCO A. M., “El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio”, en *JA* 1999-III-1038.
- FERRER, FRANCISCO A. M., *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO, *Régimen de bienes del matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2001.
- FORNIELES, SALVADOR, *Tratado de las Sucesiones*, T. 2, Bs. As., TEA, 1958.
- FUENTES, JUAN A.; SALOMÓN, MARCELO J., “La prohibición de la sustitución fideicomisaria como limitación a la facultad de testar”, en *Foro de Córdoba*, año XIV, n° 81, Córdoba, Ed. Advocatus, 2003.
- GALLEGU PERAGÓN, JOSÉ M., “La discapacidad: jurídicamente un concepto enreujada”, *BIB* 2011\77, *Quincena Fiscal Aranzadi*, n° 3/2011 (parte Estudio), Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2011.
- GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., “Algo más sobre la confiscatoriedad en la tributación”, en *LL* 1990-E, 651
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. XIII., Bs. As., 1987.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, 3ª ed., Bs. As., La Ley, 2006.
- GHERSI, CARLOS A., “Algunas cuestiones lingüísticas que tienen que ver con el contenido del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial”, en *MJ-DOC-6149-AR MJD* 6149.
- GIBERTI, EVA, *Adopción Siglo XXI: leyes y deseos*, Bs. As., Sudamericana, 2011.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho constitucional de familia*, Bs. As., Ediar, 2006.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA; HERRERA, MARISA, *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*, Bs. As., Ediar.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, en *Revista Jurídica La Ley* 2012-B, 1251.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “La estructura constitucional del proyecto de Código unificado”, en *LL*, Suplemento Constitucional 2012 (agosto), 09/08/2012 y en *DFyP* 2012 (noviembre), 01/11/2012.
- GIMÉNEZ, JORGE O., *Cuestiones patrimoniales del matrimonio*, 3º ed. actualizada; Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 1997.
- GIOVANNETTI, PATRICIA S. y ROVEDA EDUARDO G., “Las Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil” [en línea], *eldial.express*, año XV, n° 3527, 05/06/2012.
- GOYENA COPELLO, HÉCTOR R., “El derecho sucesorio en la reforma civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, t. 133, p. 1092.
- GOZAINI, OSVALDO A., “El plazo razonable en los procesos constitucionales” [en línea], <http://dpecgozaini.blogspot.com.ar/2010/08/el-plazo-razonable-en-los-procesos.html>
- GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, “Relaciones de Hecho en las Familias Ensambladas, Derecho de Familia”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 46, Bs. As., Abeledo Perrot, julio/agosto, 2010.
- GROSMAN, CECILIA; HERRERA, MARISA, “¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del Alto Tribunal”, en *JA*, 05/10/2005.
- GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, “Una sentencia sencilla, una cuestión compleja. El reconocimiento de las familias ensambladas en el ámbito jurídico”, en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2008-II, p. 59 y ss.
- GROSMAN, CECILIA y MARTINEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas*, Bs. As., Editorial Universidad, 2000.
- GROSMAN, CECILIA, *Armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009.
- GROSMAN, CECILIA, “Efectos Personales de las Convivencias de pareja”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 43, 2009.
- GROSMAN, CECILIA, “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes”, en *JA* 2007-IV.
- GROSMAN, CECILIA P., “La separación y el divorcio en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate”, en *RDF* 2001-18-123.
- GROSMAN, CECILIA P., “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1982-A.
- GUAHNON, SILVIA y SELTZER, MARTÍN, “La prueba de testigos en los procesos de familia. El art. 711 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, n° 9, octubre, Ed. La Ley, 2012.
- GUAGLIANONE, AQUILES H., *Historia y legislación de la legítima*, Bs. As., 1940, (s.e) Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939).

- GUASTAVINO, ELÍAS, “Subrogación en acciones derivadas de la falta de asentimiento conyugal”, en *LL*- 151 967.
- GUILHERME MARINONI, LUIZ, “Derecho fundamental a la duración razonable del proceso” [en línea], *www.academia.edu/218539/Derecho_Fundamental_a_la_Duracion_Razonable_del_Proceso*
- GUTIÉRREZ BARRENGOIA, AINHOA, *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Madrid, Dykinson SL, 2002.
- HERNÁNDEZ, LIDIA B. y UGARTE, LUIS, *Sucesión del Cónyuge*, n° 13, Bs. As., Editorial Universitaria, 1996.
- HERNÁNDEZ, LIDIA B., “El régimen patrimonial del matrimonio, el rol de la autonomía de la voluntad”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Sociedad Conyugal II, 2008- 2, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008.
- HERNÁNDEZ, LIDIA B., “Fraude al Cónyuge” en Adriana Krasnow (dir.), *Relaciones patrimoniales*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.
- HERNÁNDEZ, LIDIA B., en Alberto Bueres (dir.); Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, Bs. As., Hammurabi, 2005.
- HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *Revista de Daños*, 2011-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 535/587.
- HERRERA, MARISA y MINYERSKY, NELLY, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Bs. As., Fundación Sur/ Editores del Puerto 2006, pp. 43/70.
- HERRERA, MARISA; DE LA TORRE, NATALIA y BLADILLO, AGUSTINA, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, en *JA* 2013-II 2013/05/01 y en Abeledo Perrot, AP/DOC/521/2013.
- HERRERA, MARISA y PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, “La regulación de los alimentos en el Proyecto de Código”, *SJA*, fascículo 10, 2012-IV, Bs. As.
- HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061”, en Lily Flah (dir.), Sandra Fodor y Mabel del Árbol (coords.), *Los Desafíos del derecho de Familia en el siglo XXI. Derechos Humanos. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas Infanto- Juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Bs. As., Ed. Errepar, 2011, pp. 693/720.
- HERRERA, MARISA, “Consentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción”, en *RDF* 27; *STJ*, Santiago del Estero, 11/12/2006, *RDF 2007-II*.
- HERRERA, MARISA, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coords.), *JA* 2012-II, Suplemento Especial: “El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil”.
- HERRERA, MARISA, “Familias e identidades: la lógica de los cambios”, en *Revista Desafíos*, año 3, N° 4, pp. 50/59.
- HERRERA, MARISA, “Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en *RDF*, 2009-44-75.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- HERRERA, MARISA, “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”, en *Revista UCES*, Bs. As., 2013, en prensa.
- HERRERA, MARISA, *El derecho a la identidad en la adopción*, T. I, Bs. As., Ed. Universidad, 2008.
- IEVA, MARCO, “Divietto di patti successori e tutela dei legitimari”, en Stefano Delle Monache (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007.
- IÑIGO, DELIA; “La distribución de los bienes generados durante la convivencia” en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.) Marisa Herrera (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, T.1, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2009.
- JALIL MANFRONI, M. VICTORIA, “La protección del principio de reserva del cuerpo de guarda preadoptiva”, en *Actualidad jurídica. Familia y Minoridad*, Córdoba, junio, 2004.
- JARA ANDREU, ANTONIO, “Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social”, en Esperanza Alcain Martínez, Juan González - Badía Fraga y Carmen Molina Fernández (coords.), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2006.
- JELÍN, ELIZABETH, “La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas”, en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.) y Marisa Herrera (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *Revista Jurídica La Ley* 2010-E.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y ROMERO, CLARA, “Actualidad del TEDH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2012-II, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; LAMM, ELEONORA y HERRERA, MARISA, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en *Revista Jurídica La Ley*, 28/12/2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Autorregulación de las relaciones patrimoniales”, en *Derecho patrimonial de familia*, Córdoba, Alberoni, 2000.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Bs. As., Hammurabi, 1995.
- KIELMANOVICH, JORGE, “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2012-D, 1390.
- KRASNOW, ADRIANA N., “El derecho de familia y el Derecho Constitucional. Los aportes del prof. Germán J. Bidart Campos desde su disciplina de pertenencia”, en *Revista Investigación y Docencia*, n° 40 [en línea], http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_16.pdf compulsada el 22/04/2013.
- KRASNOW, ADRIANA N., “La filiación en el hoy y en el mañana”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs.As., AbeledoPerrot, 56/155.
- KRASNOW, ADRIANA N., “Las uniones convivenciales”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio Cesar Rivera (dir.); Graciela Medina (coord.), Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

- KRIEGLER, HERMANN y OSENBRUGGEN, *Cuerpo del Derecho Civil Romano Justiniano*, Instituta, libro II, título XVIII, trad. de Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889, t. 1, p. 62; y Ulpiano, Marciano, Marcelo, Gayo, Paulo, Modestino, Scévola, Papiniano, Trifonino, en “Digesto o Pandectas” de Justiniano, nros. 1 a 32, pp. 430/441.
- LACRUZ BERDEJO, “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares”, en Pedro J. Vilardrich (coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986.
- LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso. Sucesiones*, T. 2, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1932.
- LAGO VALDÉS, LISANDRA y GARCÍA LEÓN, LIUVA, “Los Herederos Especialmente Protegidos: una visión crítica de su regulación en el Código Civil Cubano”, vol. 10, n° 1, 2007 [en línea], <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-herederos.html>
- LE GALL, DIDIER y MARTIN, CLAUDE, “*Transitions familiales, logiques de recomposition et modes de régulation conjugale*”, en Meuldeurs-Klein y Thery (dir.), *Les Recompositions familiales aujourd’hui*, París, Ed. Nathan, 1993.
- LEVY, LEA; BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, “Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar”, en *Revista Derecho privado y comunitario*. Sociedad Conyugal II, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008.
- LEVY, LEA, *Régimen de adopción. Ley 24.779*, Bs. As., Astrea, 1997.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte Especial. Tomo IV. La Libertad Constitucional – Libertades particulares*, Bs. As., Ed. Alfa, 1956.
- LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2002.
- LÓPEZ DEL CARRIL, LUIS MARÍA, “El divorcio en el proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley* 2012-E.
- LÓPEZ FAURA, Norma, “Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia”, en Aída Kemelmajer De Carlucci (dir.), Marisa Herrera (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- LORENZETTI, RICARDO L., “La decodificación y fractura del Derecho Civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1994-D-724.
- LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley* 2012-C.
- LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley* 2012-C.
- LORENZETTI, RICARDO L., en Alberto Bueres, (dir.) y Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Comentario al artículo 1977, T. IV- D, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Estudio de la reforma del Código Civil*, Bs. As., Ed. Jurisprudencia Argentina, 1969.
- LLAMBÍAS, JORGE J.; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Código Civil Anotado*. T. V-C, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.
- LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y Comentarios al Código Civil Argentino*, T. 10, n° 5, Bs. As., La Facultad, 1931.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- LLOVERAS, NORA; MIGNON, MARÍA BELÉN, “La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil”, en *SJA* 17/08/2011.
- LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA, “La legítima en el derecho argentino: ¿tradición jurídica o adecuación a las características sociológicas y jurídicas del siglo XXI?”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año 1, n° 2, Bs. As., La Ley, 2009.
- LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA, “La sucesión intestada en el Proyecto de Código Civil”, en *JA*. Número especial: “Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el ante Proyecto de Código Civil”, Bs. As. 2012-III, Fasc. n° 7.
- LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; FARAONI, FABIÁN; VERPLAETSE, SUSANA; y MONJO, SEBASTIÁN, “Las uniones convivenciales en la Argentina y los aspectos patrimoniales: una visión legal y jurisprudencial”, n° 11, Abeledo Perrot Córdoba, noviembre 2009.
- LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; KOWALENKO, ANDREA S., “La indivisión hereditaria y la legítima”, en *C7-012*. [en línea], www.derecho-civil2011.com.ar
- LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; VERPLAETSE, SUSANA, “Los alimentos frente a la colación y la reducción”, en *JA*, Lexis Nexis, 17/04/2002 y *JA* 2002-II, Fasc. n° 3, Bs. As., 2001.
- LLOVERAS, NORA; SALOMÓN MARCELO J., “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 51, septiembre, Bs. As., Abeledo Perrot, 2011.
- LLOVERAS, NORA; SALOMÓN MARCELO J., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., Eudeba, 2009.
- LLOVERAS, NORA, “Convivencias de parejas heterosexuales y los efectos patrimoniales”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 46, Cecilia P. Grosman (dir.), *Las relaciones de hecho en la familia*, Bs. As., Abeledo Perrot, julio/agosto 2010.
- LLOVERAS, NORA, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, número especial, Editorial Abeledo Perrot, 2012-II.
- MACHADO, JOSÉ O., *Exposición y comentarios del Código Civil Argentino*, T. 10, Bs. As., 1898.
- MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de las Sucesiones*, actualizado por Hernández, Lidia Beatriz y Ugarte, Luis Alejandro, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, T. II, p. 822.
- MAFFIA, JORGE O., *Tratado de las Sucesiones*, ed. 2°, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010.
- MARANTE, ANTONIO A., “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista familia y persona*, Ed. La Ley, noviembre de 2012.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Perú, Palestra, 2007.
- MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al ‘trust’?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 612. BIB 2004\90, Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2004.
- MARTÍNEZ ALCORTA, JULIO A., “El fideicomiso como instrumento de protección de las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad”, en *Cuaderno Jurídico Familia. El Derecho Editorial*, n° 33, octubre, 2012.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “Ley aragonesa de la persona: una aproximación” [en línea], www.sepin.es.ReferenciasepinNET:SP/DOCT73544
- MARTÍNEZ SAHUQUILLO, IRENE “La identidad como problema social y sociológico”, en *Revista Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXXII 722, noviembre/diciembre, 2006.
- MASSON, JUDITH, *A Step in Both Directions? The Impact of the Children Act 1989 on ‘Stepfamilies’*, University of Bath, Ed. Brian Dimmock, 1992.
- MAZINGHI, JORGE, “La reforma en materia de familia”, en *ED* -84 1538.
- MEDINA, GRACIELA y MADERNA ETCHEGARAY, HORACIO, “El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *JA* 1999-III-1066.
- MEDINA, GRACIELA, “Desgranando la idea de las uniones homosexuales y la familia”, en *Uniones de hecho homosexuales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001.
- MEDINA, GRACIELA, “Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del código civil”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1999 E 1050.
- MEDINA, GRACIELA, “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- MEDINA, GRACIELA, “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, *ED*-184 1306.
- MEDINA, GRACIELA, “Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor”, en *Revista de Derecho de Familia y Persona*, diciembre, 2009.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D’ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de Familia*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2001.
- MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “Límites a la autonomía de la voluntad en las legislaciones de régimen matrimonial optativo”, en *RDF* 13- 1998 139.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2006.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Bs. As., Ediar, 1977.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión Jurisprudencial de la sociedad conyugal*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 1998.
- MERLO, LEANDRO MARTÍN, “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DFyP*, julio, 2012, 01/07/2012.
- MILLÁN, FERNANDO, “El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad”, en *DFyP*, julio, 2012, 01/07/2012.
- MILLÁN, LILIANA LUJÁN y STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, “El ocaso del matrimonio y la imprevista del concubinato”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, junio, Bs. As., La Ley, 01/06/2013.
- MINYERSKY, NELLY y LEVY, LEA “La autonomía de la voluntad y la adopción”, en *RDF*, n°15.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- MIZRAHI, MAURICIO L., “Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores”, *LL* 2003-F-1146.
- MIZRAHI, MAURICIO L., “El proceso de familia que involucra a niños”, en *Revista Jurídica La Ley* 27/11/2012.
- MIZRAHI MAURICIO L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Ed. Astrea, 2006.
- MIZRAHI, MAURICIO L., “Hacia una reforma de la ley de divorcio”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 52, Abeledo Perrot, noviembre, 2011.
- MIZRAHI MAURICIO, L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, en *Revista Jurídica La Ley*, 04/07/2012.
- MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “Compensaciones económicas en el Proyecto. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 57, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, octubre, 2012.
- MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, número especial, “El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil”, 2012-II.
- MONJE BALMASEDA, OSCAR, *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias*, Madrid, Dykinson, 2010.
- MOLINARIO, ALBERTO D., “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias”, en *Revista Jurídica La Ley*, t. 90, p. 907, nota 35.
- MONROY NASR, ZURAYA, “Creación continua y tiempo en la filosofía natural de René Descartes”, en *Anuario de Filosofía*, vol. 2, México, UNAM, 2008.
- MORELLO, AUGUSTO M., “El deber de colaboración en el ámbito de la prueba”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2004-D-214.
- MORELLO, AUGUSTO M., “El tiempo de la justicia”, *Revista de Derecho Procesal. Tutelas procesales diferenciadas II*, Rubinzal Culzoni, 2009-1.
- MORELLO, AUGUSTO M., “Familia y jurisdicción. Hacia una tarea Interdisciplinaria”, en *JA*, 1990-IV.
- MURILLO MUÑOZ, MERCEDES, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea, Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dickinson, 2006.
- NAKAMURA H., “Family Courts. The role of the judge in family conflicts”, en *Effektiver Rechtsschutz...*, Würzburg, ed. W.J.Habscheid, Gieseck-Verlag-Bielefeld, 1983.
- NICOL, EDUARDO. “Los conceptos de espacio y tiempo en la filosofía griega”, en *Dianoia*, México, 1995-1.
- OBLIGADO, CLARA A., “La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción semiótica del fenómeno”, en *Revista de Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 56, Abeledo Perrot.
- ORIBE, DIONISIO, “Inconstitucionalidad de la legítima”, en *Revista Jurídica La Ley*, 07/03/2013.
- ORLANDI, OLGA, “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI”, en *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- ORLANDI, OLGA, “¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?”, en *JA* 2006-III-1034, Lexis n° 0003/012725.
- ORLANDI, OLGA, *La Legítima y sus Modos de Protección*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2010.

- ORLANDI, OLGA, “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 53, Abeledo Perrot, marzo, de 2012.
- ORTELLI, ANA, “El fideicomiso testamentario en el anteproyecto de código civil y comercial de la nación”, en *Cuaderno Jurídico Familia. El Derecho Editorial*, n° 33, octubre, 2012.
- PAIDAL ALBÁS, ADORACIÓN M., *La obligación de alimentos entre parientes.*, Barcelona, J M Bosch editor, 1997.
- PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, Ediciones Cinca.
- PALAZZO, EUGENIO LUIS, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad”, en *MJ-DOC-978-AR*.
- PECES BARBA, GREGORIO y *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PELLEGRINI, MARÍA V., “Las uniones convivenciales en el anteproyecto”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coords.) *J.A. Número Especial, “El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil”*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012.
- PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, “La separación de hecho y la imputación de culpas: el costo de las decisiones personales”, en *Jurisprudencia Argentina*, Fascículo n°7, 2010-IV, Bs.As., 17/11/2010.
- PEREDA, CARLOS, “La identidad en conflicto”, *RIFP*, n°10, 1997.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.), *Derecho de Sucesiones*, T. II, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*, ¿Una ecuación lineal?”, en *Revista de Derecho de Familia y De las personas*, n° 7, Bs. As., La Ley, agosto 2011.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., “Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, n° 3, La Ley, abril, 2011.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., “Un ‘fantasma’ recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial”, 2009-42-243, Abeledo Perrot N°:AP/DOC/1673/2012.
- PÉREZ LASALA, FERNANDO, “La colación en el Proyecto de Código Civil”, en *Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, Jurisprudencia Argentina —Número especial— 2012-III.
- PÉREZ LASALA, JOSÉ L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Bs. As., Ed. Depalma, 1981.
- PEYRANO, JORGE W., “El principio de cooperación procesal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2010-A-1062.
- PEYRANO, JORGE W., “Iura novit curia procesal: la reconducción de postulaciones”, en *Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales*, T. 1, Santa Fe, Juris, 2002, p. 99.
- PEYRANO, JORGE W., “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, Universitat de Valencia, 2008.
- PEYRANO, JORGE W., “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?”, en *Revista de Derecho Procesal, Tutelas procesales diferenciadas-1*, 2008-2.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- PISSARELLO, GERARDO, *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuado como derecho exigible*; Barcelona, Icaria, 2003.
- PITRAU, OSVALDO F., “Alimentos y prestaciones compensatorias en el proyecto 2012”, en *Revista DPyC*, 2012-2.
- PITRAU, OSVALDO F., “El derecho alimentario familiar en el Proyecto de Reforma”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 57, noviembre, 2012.
- PITRAU, OSVALDO F., “La prestación alimentaria en la familia ensamblada”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 25, LexisNexis - Abeledo Perrot.
- PIZARRO, DANIEL R., “Comentario al artículo 699 CC”, en Alberto Bueres (dir) y Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2006.
- PROVENZANI CASARES, ARIEL, “Consideraciones procesales a la función tutelar de los jueces” [en línea], en *La Ley Online*, Sup. Doctrina Judicial Procesal, 01/03/2010.
- RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Bs. As., Ad Hoc, 2008.
- RIBERA BLANES, BERGOÑA, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- RIVERA, JULIO, “La proyectada recodificación del derecho de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012.
- ROLFO DE COSTAMAGNA, MARÍA LUISA, “La necesidad de institución de heredero en el testamento romano”, en *Profundización en derecho romano-cuestiones actuales*, Córdoba, Ed. Alveroni, 1998.
- ROLLERI, GABRIEL G. “Cuando no se cumple la voluntad del causante: de cartas misivas post mortem, albaceas y secretos. Comentario a fallo: CSJN, N, M. E. s/ sucesión”, en *RDF* 2007-I, 09/05/2006, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- ROUDINESCO, ELIZABETH, *La familia en desorden*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- ROVEDA, EDUARDO G.; SASSO, MARCELA LORENA y ROBBA, MERCEDES “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DFyP*, julio, 2012.
- ROVEDA, EDUARDO, “El régimen patrimonial del matrimonio”, en Julio Rivera (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, 3ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2001.
- SALOMÓN, MARCELO J., “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: Propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- SALOMÓN, MARCELO J., “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: Propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012.
- SALOMÓN, MARCELO J., “La Constitución Nacional y la legítima hereditaria”, en *JA* 2001-IV-913.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- SALOMÓN, MARCELO J., “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 53, Abeledo Perrot, marzo, 2012.
- SALOMÓN, MARCELO, *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2011.
- SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012.
- SAMBRIZZI, EDUARDO, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2007.
- SANTI, MARIANA, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 5, junio 2013.
- SCHIRO, MARÍA V., “El derecho a vivir en familia y los tiempos del derecho”, en *RDF*, 2011.
- SEGOVIA, LISANDRO, *Código Civil de la República Argentina*, T. 2., Bs. As., Félix Laoujane, 1894.
- SIDERIO, ALEJANDRO. “Una excepción que ¿Confirma o hace peligrar la regla?”, en *RDF* 2009-II.
- SIMÓ SANTOJA, VICENTE, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- SOJO, AGUSTÍN, “Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales”, en [en línea] *eldial.express*, año XV, n° 3550, 10/07/2012.
- SOLARI, NÉSTOR, “El convenio regulador en el juicio de divorcio proyectado”, en *DFyP* 2013, 01/06/2013.
- SOLÍS MADRIGAL, MAURÉN, *Ley contra la Violencia Doméstica*, San José de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas SA, 2004.
- TAMAYO HAYA, SILVIA, *El Estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Colección Scientia Jurídica, Madrid, Ed. Reus SA, 2009.
- TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Esquema Histórico del Derecho Sucesorio*, Bs. As., Ed. Macchi, 1982, pp. 10/11.
- TARUFFO, MICHELE, *Simplemente la verdad*, Madrid-Barcelona, Ed. M. Pons, 2010.
- THÉRY, IRÈNE y DHAVERNAS, MARIE JOSEPHE, *Le beau-parent dans la familles recomposées. Rol familial, status social, status juridique*, Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson, París, Caisse Nationale des Allocations Familiales, 1991.
- THÉRY, IRÈNE y DHAVERNAS, MARIE-JOSEPHE, “La parenté aux frontieres de l’amitié: statut et role de beau - parent dans les familles recomposées”, en *Les recompositions familiales aujourd’hui*, 1993.
- TÓFALO, ARIEL y SCARDINO, MARISA, “Las familias constituidas a partir de una unión de hecho. Un estudio sociojurídico”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 35, Bs. As., Abeledo Perrot, 2007, p. 198.
- TÓFALO, ARIEL, “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales. Primera parte”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 53, 247, 2012, pp. 55/317.
- TORRES TRABA, JOSÉ MARÍA, “Las tutelas procesales diferenciadas. Aspectos prácticos que justifican su sistematización”, *Revista de Derecho Procesal*, La Ley, año 2, n° 1, febrero, 2010.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- VÉSCOVI, ENRIQUE, *Código General del Proceso*, T. I, Bs. As., Ed. Abaco, 1998.
- VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *El régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Zavalía, 1971, p.180.
- VIDAL TAQUINI, CARLOS. *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3° ed. actualizada, Bs. As., Astrea, 1987.
- VOGEL, CARLOS A., *Historia del Derecho Romano*, 3°ed., Bs. As., Editorial Perrot, 1957.
- WAGMAISTER, ADRIANA M., “Los alimentos en el anteproyecto de Código Civil”, en *SJA-2012/06/20-24; JA-2012-II*.
- WIERZBA, SANDRA, “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado*, año I, octubre, n° 2, Infojus, 2012.
- ZANNONI, EDUARDO A., “Contienda y divorcio”, en *RDF* 1989-1-9.
- ZANNONI, EDUARDO A., “Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *RDF* 2000-16-25.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. 2, 5ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2006.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil, Derecho de familia*, T.1, Bs. As., Astrea, 2006.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de las sucesiones*, T. I, Bs. As., Ed. Astrea, 1982.

Índice Temático

A

- ABUSO DEL DERECHO** P. 173, 180, 188
- ACCESO A LA JUSTICIA** P. 15, 16, 17, 18, 26, 28, 41, 42, 76, 80
- Reglas de Brasilia** P. 16, 17, 26, 27, 28
- ADOPCIÓN** P. 26, 35, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 59, 60, 73, 74, 78, 79, 80, 82, 97, 108, 110, 111, 120, 132, 134, 135, 136, 214
- declaración judicial de la situación de adoptabilidad** P. 39, 40, 44, 45, 79
- Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos** P. 45, 50
- guarda con fines de adopción** P. 45
- guarda de hecho** P. 47, 48, 49, 50, 51, 96, 307
- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD** P. 48, 98, 142, 168, 170, 174, 175, 199, 202, 223, 224, 226, 233, 234, 235, 237, 240, 272, 274, 275, 276, 278, 284

C

- CONCEPCIÓN DE LA PERSONA** P. 121
- existencia de la persona humana** P. 121, 122, 126
- CONDominio** P. 3, 4, 5, 8, 10, 11, 12, 136, 163, 212
- CONFLICTOS JURÍDICOS** P. 63, 66
- conflictos familiares** P. 15, 27, 29, 31, 67, 72, 110
- prevención del conflicto** P. 76
- solución del conflicto** P. 64, 81, 82
- CONSTITUCIÓN NACIONAL** P. 14, 16, 32, 40, 42, 44, 49, 54, 64, 70, 83, 86, 106, 114, 116, 123, 142, 148, 149, 151, 153, 156, 160, 174, 177, 181, 198, 202, 203, 209, 231, 276, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 287, 288, 292
- bloqueo de constitucionalidad** P. 13, 16, 71, 114, 126, 181
- control difuso de constitucionalidad** P. 65

- declaración de inconstitucionalidad** P. 44, 70, 110, 124, 127, 184, 194, 224, 233, 234, 275, 276, 277, 287, 292
- principios constitucionales** P. 110, 150, 164, 183, 221
- reforma constitucional** P. 114

D

- DELITOS DE LESA HUMANIDAD** P. 109
- DERECHO A LA IDENTIDAD** P. 39, 48, 55, 56, 60, 73, 74, 94, 106, 107, 108, 111, 131, 132
- DERECHO A LA INFORMACIÓN** P. 37, 131
- DERECHOS HUMANOS** P. 37, 42, 43, 51, 52, 55, 56, 61, 65, 71, 86, 89, 109, 110, 111, 115, 116, 124, 125, 133, 138, 140, 149, 169, 170, 174, 183, 198, 199, 200, 202, 214, 218, 220, 221, 225
- Convención Americana sobre Derechos Humanos** P. 16, 122, 179, 231
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** P. 125
- Corte Interamericana de Derechos Humanos** P. 37, 124, 126
- Declaración Universal de Derechos Humanos** P. 41, 125
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos** P. 37, 41
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** P. 125
- DERECHO ROMANO** P. 241, 243, 246, 247, 248, 253, 259, 268, 269
- DIGNIDAD DE LA PERSONA** P. 59, 67, 150, 164, 183
- DIVORCIO** P. 21, 22, 25, 29, 65, 66, 67, 70, 76, 82, 86, 87, 94, 107, 111, 116, 137, 140, 141, 142, 143, 171, 188, 193, 211, 213, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240

ÍNDICE TEMÁTICO

causales de divorcio P. 116, 227, 233
divorcio contradictorio P. 142, 143, 223,
224, 225, 227
divorcio objetivo P. 143, 226, 233, 234
divorcio por presentación conjunta P. 233
divorcio sin expresión de causa P. 143,
223, 225, 226
separación de hecho P. 142, 224, 226,
227, 228, 229, 230, 233, 234

F

FILIACIÓN P. 19, 21, 24, 25, 32, 44,
58, 67, 77, 100, 111, 115, 124, 136
filiación adoptiva P. 78, 79, 120
filiación heteróloga P. 131
filiación por naturaleza P. 119, 120, 122

G

GARANTÍAS PROCESALES P. 42, 57
garantía del debido proceso P. 16
garantía a ser juzgado en un plazo razo-
nable P. 41, 42, 43, 44, 55, 79, 80

H

HERENCIA P. 10, 137, 203, 204, 215,
216, 218, 219, 242, 243, 244, 245, 248, 253, 254, 256, 260,
262, 263, 266, 267, 268, 271, 277, 280, 291, 294
acervo hereditario P. 10, 268, 275
colación P. 112, 126, 134, 137
herederos P. 4, 7, 8,
10, 138, 163, 168, 201, 204, 206, 210, 211, 212, 213, 216, 218,
220, 221, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250,
253, 254, 255, 256, 258, 261, 262, 264, 266, 267, 268, 289, 290
herederos forzosos P. 137, 203, 217,
219, 281, 282, 286
indignidad sucesoria P. 19, 240, 286, 290
indivisión hereditaria P. 6, 7, 8
legítima hereditaria P. 202, 203, 207,
241, 249, 254, 256, 265, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 287,
289, 290, 291, 292, 293, 294
pactos sucesorios P. 201

I

IGUALDAD P. 17, 66,
67, 71, 74, 78, 89, 113, 115, 116, 123, 124, 125, 132, 133, 136,
144, 150, 151, 152, 155, 164, 165, 168, 169, 170, 171, 173,
176, 178, 181, 198, 199, 202, 204, 217, 224, 251
Principio de igualdad y no discrimina-
ción P. 88, 89, 108, 116, 123, 124, 132, 133, 152

L

LEGADO P. 3, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 245, 267, 286
legado de bienes gananciales P. 3, 8, 9, 10
legado de dar sumas de dinero P. 6,
7, 8, 260
legatario P. 4, 7, 8, 10, 11, 206, 219, 258, 267
legatario de cuota P. 258, 267

M

MATRIMONIO P. 65, 144
deber de cohabitación P. 142, 230, 232
deber de fidelidad P. 141, 142, 227,
228, 229, 230, 231
derecho a no casarse P. 151, 157, 158, 164
Ley de Matrimonio Igualitario P. 65, 144

N

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES P. 22,
26, 27, 32, 38, 40, 43, 49, 55, 56, 57, 58, 67, 79, 83, 89, 90, 92,
93, 94, 98, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 113, 114, 118, 119,
120, 131, 136, 140, 141, 198, 199, 302, 303, 308
Convención sobre los Derechos del
Niño P. 16, 29, 30, 48, 72, 80, 86, 88, 95, 125, 144,
179, 181
derechos del niño P. 46, 49, 57, 62
interés superior del niño P. 20, 39, 41, 46, 47,
48, 50, 51, 52, 54, 74, 75, 99, 101, 102, 119, 145
Ley de Protección Integral de los De-
rechos de las Niñas, Niños y Adoles-
centes P. 86

O

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA P. 19, 21, 103, 104, 105, 137, 145, 171, 177, 179, 193, 261
alimentos post mortem P. 203, 207, 208, 211

ORDEN PÚBLICO P. 24, 32, 48, 82, 155, 165, 173, 174, 201, 202, 209, 220, 223, 225, 227, 231, 272, 273, 274, 275, 278, 279

P

PATRIA POTESTAD P. 143, 144

PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 30, 62, 67, 192, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 212, 213, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 269, 290, 298, 306

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad P. 199, 200, 210, 217, 222

vivienda de las personas con discapacidad P. 212

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN P. 22, 76

PRINCIPIO DISPOSITIVO P. 35, 77, 78

PROCESOS DE FAMILIA P. 13, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 67, 76, 78, 79, 81, 299, 300, 302, 304, 305, 308

acceso limitado al expediente P. 16, 23, 27, 76

juez de familia P. 63, 68, 75, 76, 77, 78, 81

PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL P. 3, 5, 13, 18, 22, 31, 32, 33, 39, 44, 45, 68, 70, 72, 104, 106, 118, 119, 136, 139, 147, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 169, 174, 183, 187, 189, 191, 193, 203, 210, 211, 218, 223, 226, 235, 241, 253, 258, 262, 264, 265, 270, 279, 299, 302

constitucionalización del derecho privado P. 13, 71, 111, 114, 148, 225, 270

PROCESO SUCESORIO P. 118, 124, 197, 198, 201, 202, 205, 206, 209, 211, 219, 220, 221, 222, 247, 250, 252, 253, 256, 261, 264, 272, 275, 276, 280, 287, 290, 291

declaratoria de herederos P. 260

sucesión ab-intestato P. 247, 249, 251, 253, 254, 255, 259, 289

sucesión testamentaria P. 248, 276, 293

R

RELACIONES DE FAMILIA P. 39, 52, 56, 85, 117, 145, 169, 188, 235, 236, 272

autoridad parental P. 98, 99, 100, 102, 297

cónyuge supérstite P. 10, 11, 137, 220, 258, 260, 289

familia ensamblada P. 85, 86, 87, 88, 103, 107, 108, 140, 192, 310

familia monoparental P. 87

parentesco por afinidad P. 90, 91, 95

progenitor afín P. 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 141, 179, 180, 193

separación familiar P. 38, 39, 40, 45, 56

solidaridad familiar P. 105, 140, 150, 151, 153, 161, 164, 170, 171, 208, 209, 211, 287, 291, 292, 293

S

SEGURIDAD JURÍDICA P. 35, 88, 173, 185, 201

SOCIEDAD CONYUGAL P. 6, 8, 9, 10, 11, 22, 103, 104, 167, 168, 169, 171, 176, 181, 182, 187, 190, 207, 217

asentimiento conyugal P. 10, 176, 181, 182, 188, 303

bienes gananciales P. 7, 8, 9, 10, 11, 190, 238, 263, 297, 307

cargas de la sociedad conyugal P. 103, 104, 176

división postcomunitaria P. 6, 8, 9

régimen patrimonial del matrimonio P. 22, 104, 116, 137, 167, 168, 169, 171, 175, 177, 180, 181, 182, 185, 186, 189, 194, 303, 307, 310, 312

T

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA P. 73, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 303

embrión no implantado P. 121, 122, 123, 124, 125, 126, 304

ÍNDICE TEMÁTICO

fecundación *in vitro* P. 115, 124, 125, 126, 127, 128
gestación por sustitución P. 75, 128
voluntad procreacional P. 120, 130

TESTAMENTO P. 4, 5, 6, 9,

11, 137, 140, 206, 210, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221,
222, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252,
254, 255, 258, 260, 261, 264, 265, 266, 267, 269, 281, 282,
283, 284, 286, 287, 291, 292, 293, 294

capacidad para testar P. 213, 214, 221, 283,
286, 288

derecho a testar P. 281, 282, 283, 286, 287, 288,
291, 294

heredero testamentario P. 245, 262, 267
testador P. 3, 4,

5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 205, 206, 210, 212, 214, 217, 219, 242,
244, 245, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259,
263, 264, 266, 268, 276, 282, 283, 286, 288

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA P. 13, 16, 17,
18, 20, 21, 31, 33, 34, 41, 44, 49, 54, 55, 64, 76, 78, 80, 83, 222

U

UNIONES CONVIVENCIALES P. 22, 83, 86,
90, 100, 104, 115, 118, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 147, 148,
149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161,
162, 163, 164, 165, 166, 178, 240, 290

atribución del uso de la vivienda fami-
liar P. 161, 162, 163, 166, 236, 238, 239

pactos convivenciales P. 154, 155, 157, 158, 159,
161, 165

VULNERABILIDAD P. 16, 17, 26, 27, 28, 29, 49,
120, 130, 137, 197, 198, 201, 202, 219, 220, 221, 239, 287

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en septiembre de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar