

---

# El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia

*Nelly Minyersky*

Profesora Adjunta Consulta de Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Maestría y Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, UBA.

## **I - Introducción**

La Real Academia Española define a la palabra “reforma” como “aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo”.<sup>1</sup> Nuestro Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield es el encargado de regir la vida de los argentinos desde el año 1871. De aquel momento a la fecha ha pasado casi un siglo y medio, y si bien ha tenido importantes reformas, tales como las leyes 23.515 y 23.264, lo cierto es que es imprescindible una reforma integral y una adecuación a las normas de derecho constitucional.

El Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial requerido por el Poder Ejecutivo, y bajo la dirección de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se encuentra a estudio del Poder Legislativo; viene a cumplir una asignatura pendiente, la de adecuar la legislación civil y comercial en forma clara y precisa a nuestra realidad social en especial, en el marco de la Constitución Nacional de 1994 y los Derechos Humanos que ella consagra.

1. En <http://lema.rae.es/drae/?val=reforma> (el 02.07.12).

A partir de la era de la globalización de la información, los avances en todas las áreas de las ciencias, y la instantánea divulgación y socialización de todas las artes, se ha experimentado un desarrollo precipitado y profundo en la manera en que se relacionan las personas y en que las personas se reconocen como sujetos poseedores de derechos.

Que la información de todos los científicos e investigadores del mundo se encuentre a disposición de gran parte de la humanidad ha llevado a la sociedad en general, y a la comunidad científica en particular, a crecer en el estudio y entendimiento de los derechos humanos. La forma instantánea en la que se dan a conocer estos derechos permite que más gente, que quizás no ha concurrido a facultades para aprenderlos, tenga acceso a tal información y comprenda que cada uno de ellos es sujeto de derechos. Que las ciencias tienen por último y principal fin mejorar la existencia de mujeres y hombres desde su inicio. Que a su vez, las ciencias jurídicas se desarrollan y las leyes son su expresión. Y que las leyes deben crearse en beneficio de todos y que los derechos que las mismas otorgan deben ser conocidos, ejercidos y respetados para lograr un real empoderamiento de los mismos por parte de todos los ciudadanos.

El mundo en este último siglo y medio ha avanzado en el estudio, interpretación y consolidación de los derechos humanos, y en nuestra sociedad se ha prendido la chispa de humanización de los derechos.

Es que se ha comprendido que el respeto de los derechos humanos es el primer derecho a garantizar por parte del Estado, para que se pueda luego gozar de los derechos constitucionales, civiles, comerciales, etc.

En análisis particular de los tópicos en estudio en el presente artículo, cabe la pregunta individual: ¿era necesaria la reforma?

## **II - La Reforma propuesta en el derecho de familia**

A nuestro entender, están dadas las condiciones para avanzar en la aplicación de los tratados de derechos humanos a nuestro derecho positivo local. Las recomendaciones de los Comités Internacionales, y la jurisprudencia y la casuística así lo ameritan, y es exigida todos los días por los operadores del derecho.

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

Se ha producido la privatización del derecho de familia, pero al mismo tiempo, este debe articularse con su constitucionalización o universalización, que devienen de la necesidad de hacer realidad los Derechos Humanos, incorporados a la Constitución de 1994. El derecho de familia ha sido siempre imbuido por el orden público: el matrimonio, sus efectos; la filiación, etc. Estos institutos han sido delineados por el Estado desconociendo la autonomía de las personas para regir sus vidas como la sexualidad, la procreación y el proyecto de vida personal.

Para iniciar este análisis, es preciso reconocer que la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural, y por ende su destino se encuentra ligado al camino que la sociedad recorre: “Sabemos que a lo largo de la historia y antes de ella según los datos obtenidos por los prehistoriadores y por los antropólogos, lo que han existido han sido muy diferentes modelos familiares. Se puede discutir el orden evolutivo y las líneas de paso de uno a otro, pero no cabe duda que los modelos son diferentes y que, por consiguiente, más que de una única intemporal familia estamos en presencia de múltiples familias y modelos familiares”.<sup>2</sup> Cuando mencionamos que toda la sociedad ha cambiado, no podemos dejar de notar que ello ha devenido en un obligado cambio de las diferentes realidades por las que atraviesan las familias y la forma en que el Estado debe responder con iguales o distintas herramientas, pero siempre garantizando los mismos derechos a cada uno de los integrantes de las familias (cualquiera sea su modo de conformación). Porque como se plasma en los Fundamentos del Proyecto, lo que se necesita es conquistar la igualdad real y no abstracta para todos los ciudadanos.

Por otro lado, debemos atender a la realidad de que el derecho está siempre presente en el momento de constitución de las relaciones jurídicas familiares y los cambios sociales tienen sus propios factores genéticos. La vida social cambia en virtud de sus propias causas de cambio. El derecho las recoge, y si no lo hace la ley, igual el derecho cambiaría. Y si el Derecho no cambiara lo haría igual la vida social y el Derecho sería un factor de perturbación.

La relación entre Familia y Derecho no es sencilla. Históricamente ha existido una cierta tensión entre la familia-realidades sociales y la

2. L. Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 25.

familia-realidades jurídicas. La gran pregunta es si familia es aquello que el derecho acota como familia, o es aquello que los sociólogos o el común de los mortales asumen como familia.

Entiendo que las familias no se definen, sino que simplemente se conforman en base al respeto, la elección personal y las ideas de pluralismo, tolerancia y democracia. Debemos destacar que cada familia no es un ente autónomo en sí mismo, porque sin sus integrantes carece de sentido.

Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, este Proyecto ha tomado debida nota de que la familia ya no se conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, así como a los tratados que integran el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido nuestro país.

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

El Derecho de Familia ha sido estudiado por los juristas concibiendo a la familia como una institución jurídica, formada por un complejo entramado de relaciones, que está regida por normas jurídicas. Es decir, para los juristas siempre la familia ha sido una realidad jurídica. Por otro lado, la sociología la concibe como una realidad social, para la cual el Derecho le es algo ajeno. Así lo ha explicado Luis Díez-Picazo, quien también sostiene que “las relaciones entre familia y Derecho son dos círculos secantes, entre los cuales hay sólo una zona en común. Habría de este modo, un campo de la vida familiar regulado por el Derecho (Derecho de Familia) y otro amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al Derecho, que formaría el llamado no-Derecho”.<sup>3</sup> Continúa el autor sosteniendo que “el Derecho recibe

3. L. Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 22.

y juridifica algunas reglas que previamente han sido éticas, pero que hay otras reglas de derecho cuyo origen no puede encontrarse en la ética. Su origen se relaciona más con intereses sociales, con realidades económicas o con modos de producción. El Derecho de Familia no es por consiguiente un *minimum* ético, es un *minimum* estrictamente jurídico, El Derecho trata de resolver aquellas cuestiones o aquellos conflictos que son reconocidos en cada momento histórico como justiciables, esto es, que pueden y deben ser sometidos a una decisión de los jueces”.<sup>4</sup>

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

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

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

### **III - La universalización de los derechos humanos**

#### *A - Constitucionalización del derecho privado*

El Estado argentino asumió muchas y grandes obligaciones internacionales desde el dictado del Código de Vélez Sarsfield. La mayoría de ellas, o las más importantes, sobre derechos humanos. Los Códigos cuya reforma se propone son los que rigen la vida cotidiana de cada uno de los habitantes del país. Era necesario que estas leyes que tanto afectan nuestras vidas se permeabilicen a todos los avances y compromisos del Estado en relación a los derechos humanos de cada uno de nosotros.

Al leer los dos primeros artículos del Proyecto en estudio, observamos que este Código recepta en el código de fondo que regirá en toda la

4. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 30.

República la doctrina de derechos humanos. El primer artículo remite a la Constitución Nacional y a los tratados en los que es parte la República. En el segundo, a los fines de la interpretación de la ley establece que la misma debe “ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Germán J. Bidart Campos ha manifestado que las obligaciones a las que se compromete el Estado en los tratados de derechos humanos internacionales “aparejan y proyectan un deber ‘hacia adentro’ de los estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del estado-parte”. Sostiene que “la fuerza y el vigor de estas características se reconocen fundamentalmente por dos cosas: a) que las normas internacionales sobre derechos humanos son *ius cogens*, es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles; b) que los derechos humanos forman parte de los principios generales del derecho internacional público”. Este autor no vacila en afirmar que: “a) la persona humana es un sujeto investido de personalidad internacional; b) la cuestión de los derechos humanos ya no es de jurisdicción exclusiva o reservada de los estados, porque aunque no le ha sido sustraída al estado, pertenece a una jurisdicción concurrente o compartida entre el estado y la jurisdicción internacional; c) nuestro derecho constitucional asimila claramente, a partir de la reforma de 1994, todo lo hasta aquí dicho, porque su art. 75 inc. 22 es más que suficiente para darlo por cierto”.<sup>5</sup> Por requerir estas obligaciones internacionales asumidas por el Estado que el mismo cumpla en su jurisdicción, la aplicación interna y la remisión directa a los tratados internacionales resulta no justa, sino muy oportuna e imprescindible.

La reforma es necesaria, porque subsisten cuerpos legislativos que al contar algunos con derogaciones expresas y otros no, producen interpretaciones de acuerdo a la subjetividad de cada operador. Se llega a soluciones de arbitrariedad manifiesta que pueden traducirse en la negación de derechos fundamentales, así como en un total desconocimiento del avance que supone, para determinados sectores de la humanidad, en especial mujeres y

5. G. J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 506-7.

niños, el desarrollo de lo que denominamos universalización de los derechos humanos o teoría de la constitucionalización o humanización del derecho de familia.<sup>6</sup>

Un ejemplo paradigmático lo encontramos en el análisis de la ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes 26.061. Al estudiarla y tratar de relacionarla con el Código Civil, las contradicciones y contraposiciones son flagrantes. La ley nacional de infancia receptó los principios enunciados en la CDN,<sup>7</sup> invirtiéndose el principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Se convierte así la capacidad en la regla y la incapacidad en la excepción. Al analizar la situación que se creaba al entrar en vigencia al ley 26.061, se sostuvo que “de esta manera, se encontraría invertida la carga probatoria o el *onus probandi*, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente, se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. De esta manera, quien alegue lo contrario, debería probarlo”.<sup>8</sup>

Por otro lado, la no derogación expresa del articulado del Código Civil permitió erradas interpretaciones de los mismos, claramente tendenciosas, a los fines de desconocer determinados derechos. Es por ello que resultaba “imperioso realizar un estudio profundo y sistemático de las normas vigentes, a fin de determinar cuáles son las disposiciones que han sido derogadas

6. El término “constitucionalización” del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la publicación titulada “Derechos Humanos y Familia”, en Arnaud, André-Jean y otros, *Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 60. En cambio, en el de “humanización” se enrola Germán Bidart Campos en su publicación sobre “Familia y Derechos Humanos”, en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 85 y ss., y el de “universalización” es utilizado por Nelly Minyersky en “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos Universales. Realidades Particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003, pp. 98 y 99.

7. En adelante CDN.

8. N. Minyersky y M. Herrera, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Fundación Sur - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

tácitamente –ya sea de manera parcial o total–, y cuáles continúan vigentes. En especial, en materia de tutela, adopción, usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, entre tantas otras normativas”. Y ya en aquel entonces se adelantó que “aquellos articulados del Código Civil que niegan o retacean la participación del niño en situaciones de tal entidad, como por ejemplo en relación a su estado civil, se encontrarían tácitamente derogadas”.<sup>9</sup>

Por el contrario, este freno en la interpretación humanizada del Código a favor de los derechos de los niños vigentes por la ley local 26.061 y la CDN, no se repite en otras áreas del derecho, reconociéndose la tácita derogación de artículos, como es el caso del libro de sociedad conyugal, en el que proliferan artículos que no se aplican.

### *B - Los principios fundantes*

Como recordamos al principio, esta reforma trae aparejada la necesidad sustancial de modificar las normas en materia de derecho de familia. En los fundamentos del Proyecto se dice que el Código que se propone contiene aspectos valorativos que lo caracterizan y se pueden resumir en los siguientes principios: código con identidad latinoamericana, constitucionalización del derecho privado, código de la igualdad, código basado en un paradigma no discriminatorio, código para una sociedad multicultural, código para la seguridad jurídica, código de derechos individuales y colectivos. Analizaremos algunos de estos principios que consideramos de gran importancia para las instituciones en estudio.

#### *1. Igualdad*

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

9. N. Minyersky y M. Herrera, “Autonomía, capacidad y participación...”, *op. cit.*



Este Proyecto en sus fundamentos postula como una de sus directrices el establecimiento de la igualdad real de todos los habitantes.

Debe resaltarse que el igualitarismo no es igualdad, en tanto existen diferencias justas que deben tenerse presentes para no tratar de igual manera a desiguales personas en distintas situaciones. La igualdad no implica uniformidad total.

Algunos entienden la igualdad basándose en la llamada discriminación justa, sosteniendo que no se puede otorgar igual tratamiento a lo que es distinto.

Justamente, la igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos; pero para alcanzarla se requiere en primera instancia emparejar la situación de todos los individuos, neutralizando obstáculos o desigualdades sociales, culturales, económicas, políticas, a los fines de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de la personalidad de cada uno y entonces promover el acceso efectivo al goce de derechos personales.

El principio aristotélico de justicia distributiva postulaba como máxima “dar a cada uno lo suyo”. Se debe analizar en debida forma este principio; otorgar contenido a esta situación tan tajantemente puede conducir a flagrantes injusticias, por ejemplo la que se produjo cuando la Corte Suprema de Justicia en el año 1930 en el caso Lanteri denegó el derecho al voto de las mujeres considerando que no se violaba el derecho de igualdad ya que ninguna mujer podía votar. En la historia dolorosa de nuestra humanidad situaciones similares se produjeron negándose a negros y judíos la posibilidad de contraer matrimonio, de trasladarse o ejercer determinado empleo.

## *2. No-discriminación*

Este principio de igualdad debe interpretarse de manera armoniosa con el principio de no-discriminación. Claramente ha sido expresado en el fallo Freyre “que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: ‘igualdad entre iguales’. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se

puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual”.<sup>10</sup>

Atendiendo a lo expuesto, puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas.<sup>11</sup> Por lo que el antiguo principio de igualdad proclamado por los revolucionarios franceses debe ser interpretado en esta actualidad que nos toca vivir, reconociendo que esa igualdad supone diferencias.

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

### 3. Autonomía

Un principio imperante en el Proyecto es el de autonomía y de autonomía de la voluntad. La Real Academia Española define la palabra autonomía como “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. Se trata de una condición de la persona. Pedro Hofft ha sostenido sobre este principio de autonomía que “el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”. Se entiende por ente autónomo

10. Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N°15 del Gobierno de la CABA, Sentencia de primera instancia del 10 de noviembre de 2009, *Freyre Alejandro c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*, Expte. 34292.

11. Ver E. Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, e “Identidad y diferencia (reflexiones en torno a la libertad y la igualdad)”, en la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, volumen XXXVIII, sep.-dic. 2003, 1, pp. 127 a 135.

al individuo “capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación”. Además sostuvo que “respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros. Mostrar la falta de respeto por un agente autónomo es repudiar los criterios de estas personas, negar al individuo la libertad de actuar según tales criterios o hurtar información necesaria para que puedan emitir un juicio, cuando no hay razones convincentes para ello”. Por tanto, “la autonomía, se entiende en un sentido muy concreto, como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa”.<sup>12</sup> Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre.

#### *a) Autonomía de la Voluntad*

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

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

12. Ver P. Hofft, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7 y ss.

*b) Autonomía de la Voluntad en el Derecho de Familia*

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

Cuando mencionamos la oportunidad de la presente reforma en relación al derecho de familia, propusimos que no existe un único modelo de familia, ni una sola definición. Es que con el devenir del tiempo, a lo largo de los siglos, el avance de la sociedad ha originado diferentes modelos adecuados a las necesidades de cada época. Esos cambios no encuentran su explicación en una sola teoría. Díez-Picazo mencionó como precursores de cambio los diferentes intereses sociales, realidades económicas o modos de producción. Lo cierto es que los cambios sociales llevan siempre muchos años de gestación y desarrollo para imponerse sobre otros, y ellos llevan la impronta de la voluntad de cada uno de los individuos que han vivido en esas épocas.

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

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

*c) Autonomía de la voluntad procreacional*

Uno de los grandes desafíos del proyecto en estudio ha sido el de legislar sobre los distintos métodos de reproducción humana asistida existentes, que no son pocos. Esta legislación es un hilo central en el capítulo de filiación.

El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la

procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre.

La voluntad parental no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo. Ello puede suceder de múltiples maneras, ya sea desde la utilización de métodos anticonceptivos, hasta las intervenciones quirúrgicas para la anticoncepción en el caso de no querer concebir un hijo. Y para el caso de sí querer concebirlo: la práctica de relaciones sexuales, y las distintas formas que la ciencia médica pone al alcance de los particulares para concebir y tener un hijo.

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

Así, al dictarse una ley, “lo que es técnicamente posible se transforma en permitido legalmente y la diferencia para el ciudadano común es de capital importancia ya que, para muchos, la única referencia moral es la ley positiva. De lo posible se pasa así a lo legítimo y lo que la ley permite es ya un derecho subjetivo o sea una pretensión que cualquiera puede exigir y la justicia no puede negar”.<sup>13</sup>

#### **IV - Análisis del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

Procederemos a analizar algunas de las instituciones de derecho de familia cuyo tratamiento en el proyecto de reforma nos parece de singular trascendencia.

13. J. Bustamante Alsina, *Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho*, La Ley, 1996-C, Sec. Doctrina: 1017.

## *A - Las relaciones de pareja en el Proyecto*

### *1. El divorcio*

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

En estas situaciones especiales las nuevas ciencias deben ser interpeladas. Así como se plantea la autonomía y la libertad para elegir y constituir un determinado tipo de familia o contraer matrimonio de acuerdo a su identidad sexual, también esa autonomía y libertad debe corresponderse con la libre elección de cuándo y cómo poner fin a las referidas uniones.

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

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

En los fundamentos que acompañaron al Proyecto se menciona que la experiencia judicial ha mostrado que el alto nivel de destrucción y desgaste que sufren los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contradictorio es sumamente dañino. La culpa conlleva la sanción de castigo-reproche. La ley cuando incorpora el divorcio-sanción en lugar de contribuir y ayudar al grupo humano en crisis, aparece como un elemento que profundiza el antagonismo y el conflicto. Se reconoce la función pedagógica de la ley: el Proyecto “pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial”.<sup>14</sup> Se busca de esta manera aplacar los daños de todo tipo que sufren los integrantes de la pareja y sus hijos.

Se ha considerado que se cumple con la doctrina internacional de los derechos humanos. La legislación trata de dotar de elementos a las personas involucradas en la crisis familiar para que atenúen las consecuencias y los efectos de la ruptura conyugal. Salir del ámbito sancionatorio para poner el eje en el tratamiento de la culminación de un proyecto o vida en común, tie-

14. Ver Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

ne coherencia desde el punto de vista del cuidado que merecen las personas. Ello sobre todo cuando se busca hacer efectiva en los casos particulares la doctrina internacional de los derechos humanos, o la llamada constitucio-  
nalización del derecho de familia.

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

En nuestro país, la ley 17.711 de 1968 incorpora a nuestra legislación la separación personal por presentación conjunta en su mentado artículo 67 bis. Con posterioridad una vez restablecido el estado de derecho en nuestro país se dicta la ley 23.515 que admite el divorcio vincular, mantiene la separación personal y el divorcio por presentación conjunta e incorpora la separación de hecho como causa.

Esta reforma supone un avance importante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas en cuándo y de qué forma quieren dejar de vivir en matrimonio. Es un camino que lleva al denominado divorcio incausado que ha sido definido como “aquel en donde no se exige la prueba de la culpa o del desquiciamiento matrimonial”. Se atribuye fuerza vinculante al solo pedido del cónyuge sin necesidad de invocar causas al tribunal. La falta de invocación de causa conlleva a la eliminación de responsabilidades. Desaparece así la categoría de culpa y en consecuencia la responsabilidad debida al inocente. Los efectos deben ser considerados sin ligarlos al tema culpabilidad. “La ley debe, en cambio, regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a pautas ético-sociales que

se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino sólo trasunto de situaciones jurídicas que trascienden el conflicto mismo”.<sup>15</sup>

La jurisprudencia ha ido flexibilizando los requisitos que encontramos en la ley 23.515 respecto de los denominados requisitos temporales que traen los artículos 214 y 215 de la mencionada ley, considerándolos como descriptivos de la autonomía y de la libertad.

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

Otro elemento que se debe tener en cuenta al legislar sobre esta temática, es la dificultad que se encuentra para determinar la culpabilidad y el tipo de prueba que debe meritarse. Muchas veces esta apreciación aparece impregnada de subjetividades ajenas a la esfera de la justicia y del derecho: “Así, partiendo de la premisa de que el matrimonio es un acto que las personas celebran –y mantienen– consensualmente, de forma que puede hablarse de la existencia de un consentimiento ‘renovado’, al momento en que este consentimiento mutuo deja de existir, el acto en sí mismo pierde uno de sus requisitos esenciales”.<sup>16</sup>

“El divorcio incausado –tanto bilateral como unilateral– ha sido promovido por las legislaciones más progresistas que no legitiman una excesiva intromisión del juez en los asuntos familiares que resulte contraria a la libertad de intimidad de los afectados. Es que, con frecuencia, el desamor, la incomprensión recíproca, los desencuentros afectivos, la quiebra del proyecto común, en suma, no se materializan fatalmente en conductas que puedan proponerse ante los estrados, y menos aún, probarse como ‘causa’ del divorcio”.<sup>17</sup>

15. E. A. Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. II, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 11.

16. M. V. Fama, “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio”, en *RDF* N°44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 45.

17. E. A. Zannoni, “Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *RDF* N°16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 29.



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

“El legislador reconoce un auténtico derecho al divorcio que viene a incrementar la larga lista de derechos subjetivos recientes y la consagración del derecho al divorcio confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar. Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio”.<sup>18</sup> El sistema de divorcio propuesto en el artículo 438 del Proyecto se ha mal denominado como un “divorcio express” desvalorizando la propuesta, sin analizar el profundo contenido de una mejor resolución de la crisis que el mismo significa. Por el contrario, si bien la petición del mismo puede ser unilateral o por ambas partes, el o los presentantes deben acompañar un convenio denominado regulador. Se trata de una propuesta que regule los efectos del divorcio, en el que se manifiesta claramente el respeto a la autonomía de la libertad de las personas. Se exige un grado de responsabilidad que supone el pensar y proponer un sistema que determine pautas de convivencia y cuidado de los hijos, cuál considera debe ser el destino de los bienes de la sociedad conyugal, el destino de la sede del hogar conyugal, etc. Resulta interesante transcribir del Proyecto el “Artículo 439.- **Convenio regulador. Contenido.** El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges”.

18. N. Petreka, “El divorcio francés tras la ley 26/5/2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad”, en C. Lasatre (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Potencias y Comunicaciones, Madrid 27-29/6 /2005, Idadfe, UNED y El Derecho, Madrid, 2006, p 19. Ver en M. Herrera, “Perspectivas Contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en RDF N°44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 80.

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

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

Esta figura está íntimamente ligada al divorcio incausado, ya que su causa fuente no es la culpa, sino los principios antes mencionados. El artículo 441 del Proyecto dispone que el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación tiene derecho a una compensación. Si las partes no se ponen de acuerdo el juez define el monto. Es interesante resaltar que las pautas que establece el artículo 442 en sus distintos incisos receptan en forma directa e indirecta principios de igualdad y dignidad entre hombres y mujeres. Se aclaran así situaciones que eran frecuentemente planteadas pero no reconocidas por la jurisprudencia y que suponían un desconocimiento de los derechos de cada uno de los integrantes de la pareja que provenían de una asignación de roles social y culturalmente estratificados. Por ejemplo, el inc. b) del artículo 442 cuando habla de la dedicación que cada cónyuge brindó a la crianza de los hijos y/o la colaboración prestada a las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge, en el inc. e). Este principio aparece también en el capítulo de derechos y deberes de los cónyuges en el cual se determinan que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de

vida en común basado en la cooperación y deber moral de la fidelidad, debiendo prestarse asistencia recíproca.

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

#### *a) La atribución de la vivienda*

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

#### *b) Separación Personal*

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

En los fundamentos del Proyecto se dice que la derogación de la figura de la separación personal tiene su explicación en que cuando ésta se

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

### *c) Régimen Patrimonial del Matrimonio*

Se reconocen en toda su plenitud en las disposiciones que se regulan respecto del régimen patrimonial del matrimonio, la libertad y su consecuencia, la autonomía. Estos principios aparecen con toda claridad en el artículo 446 del Proyecto, cuando dispone que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer las convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: un inventario de los bienes que llevan cada uno al matrimonio y así también de las deudas; las donaciones que se hagan entre ellos, y en especial el convenio que más nos interesa: en el que se haga opción a uno de los regímenes previsto en este código. Como vemos si bien se recepta claramente el principio de autonomía, está restringido y condicionado por la limitación en cuanto a los regímenes a seleccionar, así como por las normas que son aplicables cualquiera sea el sistema adoptado.

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

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

El régimen de separación de bienes implica una absoluta independencia entre los patrimonios de ambos cónyuges razón por la cual ninguno de ellos se aprovechará de la mejora o disminución de los bienes del otro. Se destacan el artículo 454 y siguientes respecto a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Entre estas disposiciones cabe detallar las siguientes: el deber de contribución, o sea que los integrantes de la pareja deben

aportar a su propio sostenimiento, el de sus hijos comunes y del hogar. Esta obligación se extiende a los hijos menores de edad o con discapacidad del otro cónyuge que convivan con ellos. Ninguno de los cónyuges sin el consentimiento del otro puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los bienes muebles indispensables de ésta, o transportarlos fuera de ella. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

La reforma obedece a un importante sector de la doctrina que, a partir de la ley 23.515 que estableció el divorcio vincular, sostuvo que a los fines de facilitar el matrimonio de personas que constituían una segunda unión debía modificarse nuestro régimen de ganancialidad. Se decía que la existencia de un sistema de comunidad provocaba un alejamiento de la institución matrimonial por parte de aquellas personas que ya habían desarrollado sus vidas con patrimonios individuales y a las cuales la ganancialidad les era ajena. Como vemos, éste es un razonamiento correspondiente a sectores particulares de nuestra sociedad, dentro de los cuales no se encuentra la mayoría de nuestra población. La cuestión a plantearse es si era necesario introducir un sistema opcional cuando pensamos que todavía nuestra sociedad y nuestra cultura media no están en condiciones de receptor debidamente una institución de este tipo. Todavía la mujer en nuestro país, por distintas causas no analizables en este momento, no se encuentra en pie de igualdad con el hombre frente a toda la problemática patrimonial. En miras a una búsqueda de igualdad podemos encontrarnos ante efectos no queridos por la ley, tales como una opción proveniente de presiones indebidas.

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

## *2. Uniones convivenciales*

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

Hemos bregado durante años por el reconocimiento de derechos a los integrantes de las uniones denominadas concubinarias. La doctrina no ha sido unánime al respecto, muchos consideran que al existir el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias, la opción de no formalizar una unión debe ser respetada. La reflexión que corresponde hacer es que si la mujer es quien suele ser víctima de las situaciones mencionadas precedentemente su autonomía y libertad es relativa frente a la oposición de no legalizar la unión a través del matrimonio de la otra parte. Cabe recordar lo que se sostiene en los fundamentos del Proyecto, que las bases de las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) se fundan en aceptar el respeto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, siendo posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

Ante la posibilidad de ingresar, estas uniones, al mundo del Derecho, consideramos como una asignatura pendiente encontrar una fórmula denominativa para esta institución que tenga su base en la perspectiva de derechos humanos, en el marco de la dignidad, igualdad, y en especial la solidaridad. La terminología es variadísima en el derecho comparado; el Proyecto adopta la terminología de unión convivencial, ya que esta misma se integra de elementos más humanos, que la denominación ‘concubinato’ o ‘unión de hecho’ no poseen.

Estimamos adecuado el ánimo elegido por el Proyecto para legislar este instituto ya que adopta una posición intermedia entre la negación total de efectos y los efectos del matrimonio. El artículo 509 del Proyecto sostiene que la unión convivencial es aquella basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que

comparten un proyecto de vida en común, sean o no del mismo sexo. De los requisitos que impone el Proyecto a quienes no desean contraer matrimonio, para garantizar la estabilidad referida en el artículo 509, se solicita la acreditación de un mínimo de dos años de convivencia; y en especial nos interesa destacar el inciso d) del artículo 510, que requiere que los integrantes de estas uniones no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea, restringiendo así este instituto a una cantidad de personas que configuren nuevas uniones, muchas veces sin saber cada una de ellas el real estado civil del otro. En general las víctimas son mujeres y en especial de grupos sociales desvalidos, que no tienen medios posibles como para conocer la real situación de su pareja. La virtud del articulado propuesto es que tiene una elasticidad suficiente que puede amparar a quienes así lo desean, pero también a través de los pactos de convivencia regula una independencia total. Esta independencia encuentra como límite que los pactos de convivencia referidos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar derechos fundamentales de sus integrantes.

Se establece la registración de la existencia de la unión convivencial, su extinción y los convenios que se hubieren celebrado. Esta inscripción tiene efectos sólo probatorios o para ser oponibles a terceros, en cuanto se encuentren involucrados derechos de éstos. Durante la convivencia las relaciones económicas se regirán por lo que se estipula en el pacto de convivencia, pero no se pueden resignar los derechos emergentes de los artículos 519 a 522, o sea: asistencia, contribución a gastos domésticos del hogar, responsabilidad solidaria por determinados gastos a favor del hogar. También es irrenunciable la protección de la vivienda familiar: si la unión convivencial ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede disponer sobre los derechos de la vivienda familiar, ni los muebles de ésta, sin el asentimiento del otro. Asimismo, la vivienda familiar no puede ser ejecutable por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

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

El Proyecto ha buscado apalejar los efectos del cese de la convivencia estableciendo una compensación económica para el conviviente al cual la ruptura le causa un empeoramiento de su situación económica. La compensación económica, si no hay acuerdo entre partes, debe ser fijada judicialmente y deben tenerse en cuenta las siguientes pautas: a) el estado patrimonial de cada conviviente al inicio y fin de la unión; b) la dedicación de cada uno a la crianza educación de los hijos durante y luego de la convivencia, c) edad y estado de salud de convivientes e hijos, d) capacidad laboral, e) cooperación prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro; y f) atribución de la vivienda familiar.

El reclamo de la compensación económica caduca a los 6 meses de haberse producido el cese de la convivencia.

El artículo 526 dispone que para la atribución de la vivienda familiar debe tenerse en cuenta si quien la solicita tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores y si acredita la necesidad de una vivienda e imposibilidad de procurársela de forma inmediata.

El plazo por el que se atribuye la vivienda no debe superar el máximo de 2 años, ni ser mayor al que haya durado la convivencia.

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

El artículo 528 establece que a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

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



Proyecto cumple con el principio de igualdad y el no discriminatorio que se encuentran presentes en los tratados de derechos humanos y que el Estado debe garantizar a toda su población.

## **B - La Filiación en el Proyecto de Reforma**

### *1. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida*

Hasta hace algunas décadas al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados. Se decía “el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado”.<sup>19</sup>

Es el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Como vemos, se identifica filiación, en general, con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación. Con la aparición de técnicas de reproducción humana asistidas<sup>20</sup> las definiciones precedentes son totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como “padre” y “madre” en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro.<sup>21</sup> La definición precedente es la que resulta más exacta, o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidos en las últimas décadas, que han puesto al alcance de grandes sectores de la población las técnicas de reproducción humana asistida.

La división que estos avances supusieron entre la procreación y sexualidad por un lado y por otro el avance que la crioconservación de óvulos y espermias significó, condujeron a la posibilidad de distintos tipos de paternidades y maternidades. Es así que hoy encontramos que puede haber

19. M. J. Méndez Costa, D. H. D’Antonio, *Derecho de familia*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 9.

20. En adelante TRHA.

21. Ver M. L. Mizrahi, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 5.

un padre genético donante de espermatozoides, padre genético o procreador, y un padre social que es quien asume como hijo a un niño aunque no tenga un vínculo biológico con él. En la misma línea debemos señalar la identificación que puede hacerse de distintas figuras maternas: madre genética, madre gestante y madre social.

El Código Civil vigente, en el artículo 240, establece que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, de ambas surgen los mismos efectos.

Podemos observar que el mencionado artículo equipara los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero no menciona la filiación correspondiente a los hijos nacidos por TRHA.

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA. Han nacido miles de niños en estos años a través de las mismas, con las distintas opciones mencionadas antes; o sea, con gametos de ambos progenitores, o con donación de semen u óvulos por parte de terceros.

Dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna imprescindible promover una reforma legislativa al efecto, dotando de los mismos derechos a todos, cualquiera sea el origen de su filiación.

Esta falencia señalada adquiere nuevas dimensiones al sancionarse la ley 26.618 de matrimonio igualitario. El artículo 42 de esta ley dice que los mismos derechos que se conceden a los matrimonios heterosexuales corresponden a los matrimonios igualitarios y que de ninguna manera corresponde privar a los mismos de derecho alguno. No se menciona expresamente en el referido artículo 42 los efectos derivados de la filiación en relación a esta ley, ni se modificaron las normas vigentes al efecto. Al no modificarse todo lo que hace a la filiación, incorporando las normas necesarias para hacer realmente eficaz y efectivo el mencionado artículo, se crea una necesidad legislativa, al existir la posibilidad de plantearse inconstitucionalidades por omisión. Podría considerarse que cuando se trata de una pareja homosexual, el derecho filiatorio es un derecho débil.

El Proyecto del Código en análisis asumió esta responsabilidad y haciendo efectivos principios constitucionales y de los tratados internacionales –Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer– y la ley 26.061, receptó las técnicas de reproducción asistida regulando el uso de las mismas en cuanto causa fuente de filiación, al decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza

y, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción, otorgando los mismo efectos ya fuere matrimonial o extramatrimonial. Añadiendo que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiares, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Asimismo, en miras a la señalada igualdad se establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por TRHA o ha sido adoptada (Artículos 558 y 559 Proyecto).

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

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

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

Cabe preguntarse si cuando hablamos de voluntad procreacional en referencia a las TRHA debería sustituirse esta terminología por la de voluntad parental. La voluntad procreacional se concretiza y se expresa en el Proyecto a través del consentimiento previo informado y libre de quienes se someten al uso de las TRHA. El Proyecto con toda claridad adopta la renovación como hecho fundamental cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Se sostiene que el consentimiento deberá contener los requisitos previstos en disposiciones especiales, con posterior protocolización de escribano público y que debe prestarse en el centro de salud interviniente.

Otro tema importante, por haber sido interpretado en forma contradictoria, es que hasta tanto no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella, el consentimiento es libremente revocable. Como vemos, en todo el desarrollo de esta temática los principios de autonomía e igualdad se encuentran presentes. En el artículo 563 también se asume una clara posición cuando se establece que en caso de muerte del cónyuge conviviente de la mujer que da a luz, no habrá vínculo filial entre la persona nacida de TRHA y la persona fallecida, si la concepción de la mujer o la concepción del embrión no se hubiesen producido antes del fallecimiento. Ello salvo que antes del fallecimiento, al prestar consentimiento o en un testamento al efecto, se dejare constancia que los embriones producidos por sus gametos serán transferidos aun después de su deceso y que la concepción o implantación del embrión en la mujer se produzca al año siguiente del mismo.

Es así que sostenemos que en la materia de procreación *post mortem* se determina, a los efectos de clarificar jurisprudencia y doctrina en contrario, que debe haber una voluntad actual a los efectos de consentir el uso de los gametos o embriones, en su caso, salvo que la voluntad haya sido expresada fehacientemente en la documentación requerida y no haya sido revocada hasta la muerte.

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

## *2. Gestación por sustitución*

La gestación por sustitución es uno de los temas que mayor inquietud ha suscitado en estos últimos tiempos en la materia. La aplicación de las TRHA a la maternidad subrogada es una de las técnicas que mayores obstáculos ha encontrado en su aplicación para ser incorporadas a las legislaciones en el derecho comparado. Los obstáculos que ellas enfrentan son de todo tipo: culturales, sociales y políticos. En general se prohíbe en base a la utilización eventual mercantilista del cuerpo de las mujeres frente a esta técnica. Observamos en el derecho comparado tres sistemas diferentes, 1) aquel en que la prohíben terminantemente, como es el caso de Francia, en que inclusive se la considera un delito, 2) aquellos que se abstienen de legislar sobre la misma y 3) aquellos que la regulan.

La regulación asume distintas posibilidades en formas de implementarla, por ejemplo: en general las distintas legislaciones tratan de evitar el tráfico o turismo llamado “reproductivo” y para evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer se prohíbe la onerosidad del pacto. También se limita el número de partos o de utilización de estas técnicas. Algunos países incorporan la institución de la adopción para otorgar eficacia a los contratos de maternidad por sustitución. En los Estados Unidos de Norteamérica algunos estados, si bien tienen una actitud permisiva hacia los acuerdos gestacionales, tienen características propias, por ejemplo en Florida se acepta que la madre subrogada pueda cambiar de opinión hasta 48 horas posteriores al parto.

La ley griega 3089 del año 2002 exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país, al igual que lo hace la ley israelí.

Por el contrario, la ley inglesa limita esta exigencia de residencia a una de las dos. En relación a este último país, debemos señalar que en el derecho inglés se considera madre a la que pare; y se articula este derecho de subrogar la maternidad como un régimen especial que consiste en una orden de parentalidad que los tribunales deben expedir.

La ley israelí 5746/1946 establece una previa aprobación del convenio de maternidad por subrogación. Entre sus requisitos: la gestante no debe aportar sus óvulos; debe tener entre 22 y 40 años y a lo sumo debe haber sufrido 2 cesáreas y 5 partos. Sólo se otorga el derecho a celebrar estos contratos a parejas infértiles y casadas.

Cabe señalar que en los últimos tiempos el Distrito Federal en México y Brasil a través de distintos instrumentos han incorporado la posibilidad de que se practique la maternidad por sustitución.

El Proyecto ha optado por incorporar el uso de esta técnica. Se dice en los fundamentos que la práctica indica que se realiza más allá de su legalidad o no. Recordamos y damos por reproducidas las reflexiones de Díez-Picazo sobre la porción de las relaciones de familia que son captadas por el orden jurídico y las que no, quedando estas últimas en el mundo del No-Derecho. La complejidad de la temática en cuestión y las diversas situaciones que pueden darse frente a las diferentes formas de paternidad y maternidad enunciadas precedentemente nos hacen pensar que la regulación legal siempre es benéfica para los sujetos involucrados.

Hemos dicho también que se trata de estudiar sobre el derecho de las familias, lo cual nos hace pensar que violamos los derechos de igualdad y

reproducción si prohibimos a determinados sectores de la sociedad el instrumento apto para igualar los derechos y obligaciones de las parejas, sean hombres o mujeres. Para las parejas conformadas por dos personas del sexo masculino no existe otro medio que recurrir a este tipo de gestación, manteniendo por lo menos el vínculo genético del semen de una de las dos personas. Igual situación puede darse en aquellos casos de parejas heterosexuales que por alguna enfermedad o disfunción en los órganos reproductivos de la mujer no tienen otra forma de constituir una familia, utilizándose o no los gametos de ambos.

Nuestro país en este momento se encuentra dentro del grupo de países que se abstiene ya que no tiene ningún tipo de legislación al respecto.

El Proyecto adopta uno de los modelos reseñados, no se prohíbe la práctica, pero se rodea a la institución de una serie de requisitos que lo hacen lo más transparente y accesible posible. El artículo 562 adopta la gestación por sustitución señalando que debe existir consentimiento informado de todas las partes. Se deja totalmente aclarado que la filiación del niño nacido queda establecida entre él y los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del/los comitentes y el consentimiento debidamente homologado judicialmente. Sin dejar de lado las exigencias que prevea la ley especial en la materia, el Proyecto requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Respecto del niño: que se haya tenido en miras su interés superior.
  
- Respecto del/los comitentes: a) que al menos uno de ellos haya aportado sus gametos, b) imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.
  
- Respecto de la gestante: a) que tenga plena capacidad y buena salud física y psíquica, b) que no haya apartado sus óvulos, c) que no haya recibido retribución, d) que no se haya sometido al proceso por más de dos veces, y e) que haya dado a luz al menos un hijo propio.
  
- Respecto del trámite: que exista previa autorización judicial antes de la transferencia embrionaria a la gestante. Si no lo hubiere, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Consideramos que los requisitos que exige el Proyecto son indispensables y constituyen instrumentos morales y éticos para la resignificación de la maternidad por sustitución. El control jurisdiccional es un principio determinante para verificar que se acude a este procedimiento con total autonomía y libertad de las distintas personas involucradas. Se considera a la mujer gestante en diversos aspectos de su personalidad al exigir que previamente haya transitado por la experiencia de la maternidad. Se pone a salvo la no mercantilización del cuerpo de la mujer mediante la exigencia de no onerosidad del convenio, así como mediante el requisito de no poder someterse más de dos veces a estos procedimientos. Asimismo, la exigencia de la imposibilidad por parte de los comitentes de concebir o llevar a término un embarazo nos asegura no se banalicen estos procesos.

### *3. Anonimato del donante*

Otro tema de suma importancia es el del anonimato del donante. En relación a esta temática el Proyecto en el artículo 564 legisla sobre el derecho a la información en las TRHA y establece que cuando se hayan utilizado gametos de un tercero, esta información debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. La persona nacida a través de estas técnicas puede solicitar se le revelen: la identidad del donante por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por medio de un procedimiento breve; y también puede requerirse, a través de un procedimiento administrativo, que el centro de salud interviniente provea información relativa a datos médicos del donante cuando hay riesgo sobre la salud del nacido.

La creación de los bancos de semen y su utilización suscitaron de inmediato una de las inquietudes más grandes en la materia: el anonimato o no del donante. Los bancos de semen asumieron una posición restrictiva en cuanto a la información. Se han esbozado diversos principios que se apoyan en especial sobre diferenciar los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra padre de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de progenitor para alguien que agota su conducta en el hecho de la entrega del semen, no sabiendo a quién se va a inseminar, si se va a utilizar o no su semen. Por otro lado, el padre va a prolongar su función con los deberes y derechos de padre que se le imponen: “La dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure*

*propio*, en ese momento, sino que es un acto que *per se* es sólo idóneo para la generación, pero no la provoca”.<sup>22</sup> Es decir, no provoca en sí mismo una concepción. Se necesita una instrumentalización humana en el curso del proceso generativo, de modo y manera que un tercero sea quien decida la finalidad procreativa o no.

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

Esta postura es compartida por Roca, que sostiene que la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético “debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad [...] Y que ello nunca debe provocar relaciones de parentesco-filiares establecidas con los sistemas que la ley disponga”.<sup>23</sup>

Los argumentos a favor del anonimato encuentran su eje en la garantía de protección de la información por el secreto profesional debido. Se considera que el donante carece de vocación procreacional, y debe respetarse esta vocación. También se ha dicho que el conocimiento del donante puede llevar a resultados negativos respecto del interés superior del niño.

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

22. F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 53.

23. E. Roca Trias, *La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Trivium, Madrid, 1988, p. 43.



En el Proyecto en análisis el artículo 564 adopta una posición intermedia, o sea, de anonimato relativo. Se estableció un método judicial y otro administrativo, lo que permite compatibilizar el derecho a la identidad con las características del nacimiento por estas técnicas de reproducción asistida.

En la materia que nos ocupa, los artículos referidos a la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, así como las acciones, las modificaciones respecto del régimen vigente son menores, si bien algunas son de trascendental importancia. En la determinación de la maternidad se incluye la notificación a la madre de la inscripción del recién nacido, excepto que sea ella o su cónyuge quien la solicite o quien denuncie el nacimiento. En el mismo artículo 565 se limita la acreditación de la maternidad con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Reviste singular importancia la extensión del artículo 566 en la determinación de la filiación matrimonial al presumirse tal respecto de los nacidos después de celebrarse el matrimonio y hasta 300 días posteriores a la interposición de la demanda del divorcio o nulidad de matrimonio, o separación de hecho o muerte, no rigiendo esta presunción en los supuestos de TRHA, si el o la cónyuge no prestó el consentimiento previo.

Como surge del citado artículo esta presunción rige tanto en los matrimonios heterosexuales como en los homosexuales. Se ha considerado que la presunción contiene elementos no sólo biológicos, sino también culturales y sociales; y es de gran importancia para la inscripción de los niños nacidos, cualquiera sea la forma adoptada para su nacimiento. En relación a las acciones, debe destacarse la amplitud con que se trata la legitimación, en especial para impugnar la paternidad y maternidad matrimonial. Se otorga la posibilidad a toda persona con interés legítimo de interponer la acción, modificando el plazo desde que comienza a correr la caducidad; éste correrá desde que el presunto padre supo o pudo saber que no lo era. El principio de igualdad adquiere plena vigencia otorgándole a la madre la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial. En relación al derecho a la identidad, sostiene al igual que la legislación actual, en los casos en los que esté determinada sólo la maternidad, el Registro Civil debe comunicar la situación al Ministerio Público, el que deberá procurar la identidad de la paternidad y posterior reconocimiento del hijo, instando a la madre a suministrar los datos pertinentes. Antes de la remisión al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro debe citar a la madre e informarla de los derechos del niño.

En cuanto al valor que tiene la posesión de estado, el Proyecto la asimila al reconocimiento, si se encuentra debidamente acreditada.

En relación a la acción de reclamación de registración, el Proyecto mantiene el proceso existente en la legislación vigente, incorporándose la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento.

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

### **C - El derecho de niños, niñas y adolescentes en el Proyecto de Reforma**

Hemos dicho y así se manifiesta en los fundamentos que acompañaron el Proyecto de reforma que éste es un código que sostiene el principio de constitucionalización de derecho privado. Es un código de la igualdad, basado en un paradigma no-discriminatorio. Se legisla teniendo presente que se trata de una sociedad multicultural poseedora de una serie de conductas sociales diversas. Especial consideración merece el avance sustancial de este código en el reconocimiento de los derechos humanos de niños, niñas y mujeres, el que puede proyectarse como fundamental para la institucionalización de la democracia en nuestro país.

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

La histórica exclusión de niños, niñas y adolescentes de los programas de acceso a la ciudadanía requiere medidas concretas para el cambio de esa relación y la profundización de la vinculación entre los conceptos de democracia, niñez y familia. Es necesario considerar a la democracia en la familia

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

como condición insustituible para pensar a la democracia en la sociedad, y por ende llegar así a un estado democrático de derecho.

Podríamos preguntarnos si el reconocimiento normativo y real de los derechos de los niños y adolescentes requiere de la existencia de un estado democrático. Consideramos que ello es así, y así lo expone nuestra historia legislativa.

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

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

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

Uno de los ejes fundamentales de la reforma que adopta las disposiciones establecidas en las convenciones internacionales se refiere a la regulación de las relaciones filiales, o sea, las relaciones de los niños con sus padres y de todos los integrantes del grupo familiar. Los artículos 18 y 5 de la CDN si bien reconocen el derecho y la responsabilidad de los padres a la crianza

25. En Argentina la CDN –que fue ratificada por ley 23.849– goza de jerarquía constitucional desde 1994 (conf. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, en adelante CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992.

26. M. Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santafé de Bogotá, Temis, 1998, p. 77.

y educación de sus hijos, a su vez estatuyen el derecho de los niños a ejercer sus derechos por sí mismos, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades. En el artículo 18 de la CDN se reconoce como incumbencia de los padres la responsabilidad de la crianza y desarrollo de sus hijos. Del mismo artículo también surge la necesidad de que el Estado apoye a los padres en el rol que deben cumplir.

El niño no es un ciudadano futuro sino un ciudadano en plenitud en cada momento de su existencia. La CDN desde el momento de su incorporación a nuestro plexo normativo encontró graves obstáculos para ser empoderada por determinados sectores de la sociedad y por individuos en particular. Evidencia de tal circunstancia fueron la resistencia a derogar la ley 10.903 de Patronato, evento que recién se produjo en el año 2005 con la promulgación de la ley 26.061. La ley 10.903 era portadora de una doctrina e ideología totalmente ajena a la esencia de la CDN. En la misma tesitura, se encontró la resistencia que produjo la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, que operativizaba e inclusive sistematizaba y desarrollaba aún más los derechos de los niños estatuidos por la CDN.

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

### *1. Capacidad Progresiva*

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

Aquello que caracteriza a este nuevo modelo y que indudablemente lo muestra como un punto de inflexión en la historia jurídica de la niñez es la concepción del niño como “sujeto” titular de los mismos derechos de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo. Así, la CDN deja atrás la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y,

ante ello, “objeto” de protección y de representación por parte de sus progenitores y el Estado.

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

En la República Argentina, al referirnos a esta temática debemos considerar un marco normativo integrado por la CDN, que desde 1994 conforma el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 C.N.), la Ley de Infancia 26.061 y el Código Civil. Si nos atenemos a la letra del Código Civil vigente, la capacidad progresiva como la entendemos hoy de acuerdo a la normativa constitucional, no está contemplada.

Es por ello que el Proyecto ha receptado la doctrina de la capacidad progresiva. En principio, se recepta la modificación de la ley 26.579 que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2009, que modificó la edad en la que se llega a la mayoría de edad, estableciéndola en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 del Proyecto). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente (personas de entre 13 y 18 años). El proyecto permite al menor de edad ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez, y por supuesto recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona.

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

El trabajo de décadas respecto a la participación del niño en las situaciones en las que se encuentren en juego sus derechos se ve reflejado

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

## *2. Competencia médica*

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

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

Es que “el derecho de las niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo, puede ubicarse dentro de los derechos de la persona vinculados a su dignidad, los denominados personalísimos, o sea, aquellos en los

cuales se restringe la posibilidad de su ejercicio mediante representación”.<sup>27</sup> Se garantiza así el ejercicio de manera autónoma de un derecho personalísimo.

## **D - Análisis de la responsabilidad parental**

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

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

Cabe destacar como un elemento importante de esta reforma, que tanto en filiación, como en todos aquellos capítulos que tiene relación con la niñez, los principios de igualdad y no-discriminación son fundamentales, o sea todos los niños tienen iguales derechos y obligaciones, cualquiera sea el origen y/o causa de su filiación.

Los principios rectores, denominados principios generales, ordenan la responsabilidad parental; ellos son: el interés superior del niño y la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y la regla de que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; el dere-

27. C. Rodríguez Palomo, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 12.

cho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios deben ser tenidos en cuenta en forma inescindible en todos los casos en los cuales se apliquen los distintos articulados referidos a la materia

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

“Es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un ‘principio’ que obliga a diversas autoridades e incluso, a instituciones privadas a estimar ‘interés superior del niño’ como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promueven y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.<sup>28</sup>

El inciso b) del mismo artículo tercero se refiere a la autonomía progresiva, que se describe como la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas y, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores de los derechos de los hijos, coherentemente con lo establecido en los artículos 5 y 18 de la CDN que nos dicen que el ejercicio de la responsabilidad parental debe tener en cuenta, en relación a los hijos, la evolución de sus facultades dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que se le reconoce; y pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad,

28. M. Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de CDN”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santafé de Bogotá, 1998, p. 78.



educado en el espíritu proclamado en el de la Carta de las Naciones Unidas, conforme se cita en el preámbulo de la CDN.

También en la ley 26.061 deben tenerse en cuenta en relación a esta temática sus artículos 19 y 27, en cuanto al derecho de niños, niñas y adolescentes a participar de aquellas decisiones que le competen. El concepto de capacidad progresiva también se ha desarrollado en el punto pertinente a capacidad progresiva.

El derecho del niño a ser oído debe interpretarse, desarrollarse y articularse con el derecho a la participación. Es el derecho del niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma desde la esfera intelectual y moral, o sea, en todo su desarrollo. El derecho del niño a ser oído (artículo 12 CDN) contiene un principio de reciprocidad, al derecho a expresarse le corresponde el deber de los adultos a escuchar. Este deber no puede ni debe limitarse al solo otorgamiento de la palabra al niño. Se requiere una actuación activa entre adultos e infantes, lo que supone participación de ambos. Se ha dicho que “sólo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero este es también el camino hacia el futuro de la democracia”.<sup>29</sup>

Estos principios adquieren fuerza y presencia en el Proyecto, por ejemplo en el artículo 645, en relación a los actos que requieren consentimiento de ambos progenitores, es necesario también el del hijo adolescente. En el artículo 646 entre los deberes y derechos de los progenitores, se establece como un deber considerar las necesidades específicas del hijo, según sus necesidades psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativos. En el inciso c) se establece el deber de respetar los derechos del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; orientar y dirigir al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos.

Surge con toda claridad que la norma propuesta busca el respeto a la personalidad e individualidad del hijo. Esta actitud, de consideración a las

29. A. Baratta, “Infancia y Democracia”, en E. García Mendez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santafé de Bogotá, 1998, p. 54.

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

### *1. Cuidados personales*

Otro cambio fundamental desde el contenido y el lenguaje es la sustitución de la palabra “tenencia” que, como se sabe, se refiere a posesión actual y corporal de una cosa.

No puede negarse que el carácter derivado de este último término lleva implícita una suerte de cosificación de uno de los extremos de la relación paterno-filial.

O sea, se trata de una denominación completamente ajena a la consideración de los niños como sujetos de derecho. Se reemplaza por los términos “cuidado personal” del hijo. En el derecho comparado se han utilizado denominaciones similares tales como residencia habitual del hijo, convivencia, etc. El artículo 648 se refiere a ello diciéndonos que cuidado personal se denomina a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, el que puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

Se privilegia el cuidado personal compartido, que puede ser alternado o indistinto. En el caso del cuidado compartido indistinto, el hijo reside de manera principal con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de forma equitativa las labores atinentes a su cuidado. La ley 23.264 vigente nos señala que cuando no hay convivencia de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a quien vive con el niño/niña; esto puede crear una eyección de la figura del padre no conviviente. Se contraría así la igualdad de derechos y obligaciones para ambos progenitores que surge de la CDN. La experiencia de otros países que han adoptado el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aun después de la separación o divorcio, nos ha mostrado que la figura es positiva para un mejor ejercicio de la misma y un desarrollo del grupo familiar con mayor participación de todos sus miembros. Ello porque se propicia un actuar conjunto y solidario de los padres. Entre los países que han adoptado esta modalidad pueden citarse España, Inglaterra, Italia y Francia. El

Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que “el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituyen una violación del derecho protegido por el artículo 8 del Convenio”.<sup>30</sup>

## *2. Ejercicio de la responsabilidad parental por parte de padres adolescentes*

Una de las innovaciones fundamentales a destacar es la de la responsabilidad parental de los padres adolescentes, quienes hasta ahora y en la actualidad no detentan el ejercicio de la hoy denominada patria potestad, si no están casados. La discriminación de esta norma es tan flagrante que considera que la existencia o no del matrimonio acredita capacidad para asumir las responsabilidades que devienen de la maternidad/paternidad. Esta situación ha causado graves perjuicios, como es habitual, a los sectores más excluidos de nuestra población. Por ejemplo no permitiendo el acceso a la salud de los niños cuando el servicio es requerido por madres menores de edad, cuyos progenitores viven a grandes distancia, o negativa de otras prestaciones a progenitores menores de edad, tales como procuración de vivienda. Si bien haber fijado la edad de 18 años como mayoría de edad ha posibilitado a un sector de esta población resolver estas cuestiones, todavía existe un gran sector de niñas, niños y adolescentes que se ven impedidos de cuidar debidamente de sus hijos.

El artículo 644 del Proyecto elimina el requisito de matrimonio y establece que los progenitores adolescentes estén o no casados ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, señalando que aquellos que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente pueden oponerse cuando los actos de éste sean perjudiciales para el niño, como también puede intervenir si se omite realizar las acciones para preservar su desarrollo. También se destaca que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si

30. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del día 13 de julio de 2000.

se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

### *3. Familia Ensamblada*

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

Se concede al progenitor conviviente el poder delegar a su cónyuge el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir con sus funciones por viaje, enfermedad o incapacidad transitoria; siempre y cuando exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor. Esta delegación requiere homologación judicial, y, de acuerdo a nuestra postura, la participación del niño en esta toma de decisión.

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

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

### *4. Obligación de alimentos*

Entre los deberes y derechos de los progenitores se cuenta la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos. Ello corresponde a ambos, aunque

conviva sólo con uno de sus progenitores. El Proyecto en esta materia innova en varios puntos. Uno de ellos ha sido objeto de una larga lucha por la vigencia de una legislación que se encuentre impregnada de los principios de igualdad y no-discriminación, que ha tenido por objeto reconocer valor económico a las tareas cotidianas a cargo del progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo, las que se consideran como un aporte a la manutención de los hijos (artículo 660). Mencionamos que ha sido una larga lucha, porque durante décadas no se lo reconoció así. Siendo que en la mayoría de los casos eran o son las madres quienes conviven con sus hijos menores de edad y ven menguada su capacidad de ingresos económicos por el tiempo que deben dedicar al cuidado de sus hijos.

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

La norma pone fin a un debate jurisprudencial y doctrinario en cuanto a quién tiene capacidad y/o legitimación para iniciar y/o proseguir el juicio promovido durante la minoría de edad del hijo (artículos 661/2).

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

Se ha considerado, entonces, necesario regular el supuesto de alimentos para los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios. La jurisprudencia y la doctrina ya han receptado esta obligación, si bien en algunas ocasiones puntuales en América Latina, países como Nicaragua, San

Salvador, Costa Rica lo admiten con un tope, como también lo establece el Proyecto en análisis; por el contrario, en Europa países como Francia o Suiza tienen otros requisitos. El Proyecto fija la edad de 25 años como límite para poder seguir percibiendo alimentos, siempre y cuando se prosigan estudios o preparación profesional de un arte u oficio que le impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. Al igual que los alimentos para el hijo entre los 18 y 21 años se encuentran legitimados para solicitarlos, tanto el interesado directo o el o la progenitora conviviente.

### *5. La prohibición de los malos tratos*

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

## **V - Conclusión**

Se ha intentado dar una visión de las instituciones cuya reforma nos parece más trascendente. Consideramos que el Proyecto en materia de Derecho de las Familias cumple acabadamente con los principios enunciados en los fundamentos.

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

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

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

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

A modo de cierre sostenemos que el presente Proyecto, respecto de las instituciones brevemente analizadas en este trabajo, representa un verdadero avance en la historia de nuestro derecho de fondo, en tanto, como ha sido sostenido, incorpora expresamente la doctrina de universalización de los derechos humanos.

El gran objeto de los Estados es, o debería ser, garantizar derechos a todos sus habitantes, no restringirlos. Las legislaciones deben reconocer y garantizar la mayor cantidad de derechos, respetando estos principios universales de igualdad, libertad, no-discriminación y solidaridad. Deben asegurar la felicidad del pueblo al que rigen, en tanto la felicidad también es un derecho. Se ha dicho que la libertad es un impulso que no garantiza la felicidad humana, pero asegura la condición de un mundo en donde a nadie se le estafe la oportunidad y la ocasión de ser feliz.

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