

Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación



DRA. MARÍA DEL CARMEN MUSA.

Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores de la 1ª Nominación.
Rosario.

DRA. MARÍA GABRIELA ROMÁN.

Asesora de Menores del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
de Menores de la 3ª Nominación. Rosario.

«..en las últimas décadas, las transformaciones, tanto desde el punto de vista estructural como relacional, no sólo han sido muy profundas, sino muy rápidas y extendidas. Se ha dicho que ‘nunca, en la historia de las poblaciones, los comportamientos familiares han cambiado tan profundamente en tan poco tiempo en áreas tan vastas»

RONFANI, PAOLA

La regolazione giuridica delle relazioni personali e familiari nelle società pluralistiche.

Principios que inspiran la Legislación proyectada

Dice la Exposición de Motivos: «La llamada constitucionalización del Derecho Civil y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el Derecho de Familia. El anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial el de democratización de la familia, de tanto peso que algunos autores entienden que se ha pasado del Derecho de Familia al Derecho de las Familias; esta

opinión se sustenta en la amplitud de los términos del art. 14 bis de la CN que se refiere de manera general a la ‘protección integral de la familia’, sin limitar esta noción de carácter sociológico y en permanente transformación a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también son familias; por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conocida como familia ensamblada), las que aparecen reconocidas por la Ley 26.618, etcétera.»

Julio César Rivera critica que la constitucionalización aludida se haya operado recién a partir de la reforma de 1994 (RIVERA, J.C.; 2012: 2), y para ello recuerda las enseñanzas de Juan Bautista Alberdi, quien un siglo antes de esta Reforma decía que «... las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución Nacional... según esto, el Código Civil Argentino debía ser el Cuerpo metódico de leyes que organizara los derechos civiles concedidos a todos los habitantes de la Nación por los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos, concedidos a todos los habitantes de la Nación –sean nacionales o extranjeros– no son derechos políticos, sino derechos civiles, y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la Legislación civil argentina. Si, como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del Gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino como está en la Constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la Revolución democrática del pueblo argentino, el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política... El Derecho Civil debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación Argentina. Esa es

la mente del art. 28 de la Constitución» (ALBERDI, J.B.; 1887: 105/6). Sin embargo, reconoce que las ideas de Alberdi, tan claramente expresadas, han pasado casi desapercibidas para los civilistas del siglo XX, y señala que la imbricación del Derecho civil con la Constitución se hace más firme a partir de la Reforma de 1994, tanto por la incorporación de normas que tocan materias que podrían identificarse como pertenecientes al derecho privado (medio ambiente, consumidores, protección de datos), como por el reconocimiento de jerarquía constitucional a instrumentos propios del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

El sistema de principios que emana de la Constitución (art.75 inc.22), se ha ampliado, redefinido, expandido y superado. En muchos aspectos, el plano normológico ya no responde al techo axiológico del derecho de los Derechos Humanos ni al piso sociológico de la realidad.

En materia de familia, particularmente, el avance de la autonomía de la voluntad ha tenido un desarrollo exponencial. El artículo 19 de la Constitución Nacional impone inclinarse en favorecer el ámbito de la libertad y de las decisiones personales, reservando la intervención del Estado para las cuestiones que, con cla-

ridad y certeza, no pueden dejarse libradas totalmente a esa libertad personal.

I. Matrimonio

El Proyecto contempla la dispensa judicial no sólo para autorizar el matrimonio de personas menores de edad, sino también para autorizar el matrimonio del tutor o de cualquiera de sus descendientes con la persona menor de edad, y para autorizar el matrimonio de personas con padecimientos de salud mental, respecto de las cuales el Juez deberá requerir dictamen previo de los equipos de salud sobre su comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de su aptitud para la vida de relación. La falta de dispensa no implica necesariamente la nulidad del vínculo. En el caso de matrimonio de un adolescente, el Juez debe oírlo y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad. En el caso de persona con padecimiento en su salud mental, el Juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado, a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto. No se comprende el porqué se estableció la dispensa para el matrimonio entre tutor o sus descendientes y el pupilo/a, cuando se trata de un impedimento im-

pediente que no acarrea nulidad.

Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca y alimentos recíprocos durante la convivencia y la separación de hecho. Para la cuantificación de los alimentos se debe tener en consideración, entre otras cuestiones, la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar, el carácter ganancial, propio o de un tercero, del inmueble sede de esa vivienda y si la misma es arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona. Otras pautas de valoración novedosas refieren al tiempo de la unión y al de la separación, como también a la situación patrimonial de ambos cónyuges, tanto durante la unión como durante la separación.

En relación a la disolución del matrimonio, desaparece la separación personal, quedando como modo extintivo único el divorcio, el que, además, siempre es incausado, solicitado de manera conjunta o unilateralmente, con la única salvedad de acompañar propuesta regulatoria de los efectos. La Exposición de Motivos justifica la eliminación del divorcio contencioso en la necesidad de disminuir

procesos generadores de conflictos, como en la consideración de que la intromisión del Estado en la intimidad familiar es violatoria de derechos reconocidos constitucionalmente. Inspirada en la Ley española de 2005, privilegia la trascendencia de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada a su cónyuge. Se elimina el condicionante de cualquier plazo para entablar la acción.

En el nuevo modelo, el Juez intervendrá para resolver las disidencias en torno a la propuesta regulatoria, convocando a los cónyuges a una audiencia, y estando compelido a dictar sentencia extintiva del vínculo matrimonial, aunque no estén resueltas aún estas disidencias. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan, pudiendo el Juez -de oficio o a petición- ordenar que se incorporen otros. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la acción.

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, las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges y lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria.

Ello, sin perjuicio de otras cuestiones de interés de los cónyuges. El Juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

Se incorpora la figura de la *Compensación económica*: El cónyuge a quien el divorcio produjere un desequilibrio manifiesto que significara un empeoramiento de su situación, y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el Juez. Las pautas que tendrá en cuenta el Juez serán: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración

prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio. Conforme la naturaleza jurídica de esta compensación por desequilibrio, entendemos que la fijación de su monto debe establecerse en un solo momento, como también el modo de hacerse efectivo el pago. Que por no tratarse de una deuda de valor, la compensación no puede actualizarse. Tampoco puede consistir en una prestación por tiempo indeterminado, como establece el Proyecto. No acordamos con la prohibición de ser percibida por el cónyuge que recibe alimentos, siendo que la obligación alimentaria es de naturaleza jurídica distinta. Tiene derecho a percibir alimentos con posterioridad al divorcio el cónyuge que padece una enfermedad grave preexistente que le impide autosustentarse, como también el cónyuge que no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Vemos perfectamente compatibles el derecho a alimentos y el derecho a percibir compensación económica. Para la atribución del uso de la vi-

vienda familiar, el Juez tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos b) las persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por su propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. Siendo que se anuncia la enumeración como abierta, consideramos desatinada la inclusión de esta pauta, ya que le exigirá al Magistrado prudencia superlativa a la hora de decidir el rechazo de la pretensión fundada en el interés de un pariente, por resultar abusiva, por ejemplo. A petición de la parte interesada, el Juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El dere-

cho a la atribución de la vivienda familiar cesa por cumplimiento del plazo fijado, por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la fijación y por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

II. Régimen patrimonial del Matrimonio

Rige este Título el Principio de Autonomía de la voluntad. De ahí que se introduzca la posibilidad de optar entre dos regímenes: el de comunidad y el de separación de bienes, siendo el primero de aplicación supletoria, fundada esta supletoriedad -según la Exposición de Motivos- en: «a) ser el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado; c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, en este momento». Al no establecerse limitación, se entiende que los cónyuges pueden cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación.

Se regulan todos los detalles sobre el acuerdo inicial y el posterior modificatorio. El acuerdo inicial se hace median-

te Convención Matrimonial, pacto que ha sido extraño a nuestras costumbres y para el que el Proyecto incorpora la posibilidad de efectuar el avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, así como la enunciación de las deudas y la posibilidad de efectuarse donaciones entre los futuros contrayentes, cualquiera fuese el sexo. Esta última atribución no rige para los menores de edad autorizados judicialmente para contraer matrimonio, como tampoco rige a su respecto la posibilidad de elegir el régimen patrimonial. Estatuye el Proyecto que el cambio de régimen puede hacerse recién después de un año de aplicación del vigente, sea éste convencional o legal, y siempre mediante Escritura Pública.

Para que la opción de régimen formulada en la convención matrimonial, o posteriormente, surta efecto respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el Acta de Matrimonio. A propósito de los terceros acreedores anteriores a la modificación, podrán solicitar que ésta les sea inoponible si les acarrea perjuicios, acción que prescribe al año de haber tomado ellos conocimiento. Eduardo Roveda entiende que el perjuicio se daría en el caso de acreedores de cónyuges que mutan el régimen de comunidad al de separación, y, exclusivamente, para

las deudas de conservación y reparación de bienes comunes (ROVEDA, E.; 2012; 357)

Previo al tratamiento de cada uno de los regímenes, el Proyecto establece disposiciones inderogables comunes a ambos, a saber: 1- *Deber de contribución* de ambos esposos a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Se incluye a los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, de uno de los cónyuges que convivan con ellos. 2- *Protección de la vivienda familiar*: Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de los seis meses de extinción del régimen matrimonial. 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 (art.456). El Juez puede suplir el asentimiento si el cónyuge estu-

viere ausente, fuera incapaz o con capacidad restringida, estuviere transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no esté justificada por el interés de la familia. 3- *Responsabilidad solidaria*. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

En orden al sistema de comunidad, la novedad radica en la inexistencia de normas que prohíban las transferencias de propiedad entre cónyuges ni limiten su capacidad de contratar entre sí. En cuanto a la enumeración de bienes propios y gananciales se prevén de manera expresa supuestos que son debatidos o generan posturas encontradas en la doctrina y jurisprudencia. Así es como se establece que los bienes recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas. Que no son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una

equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensar al donatario por el exceso. Que en el caso de bienes adquiridos por permuta con otro bien propio mediante la inversión de dinero propio, como la reinversión del producto de la venta de bienes propios, cuando hay un saldo soportado por la sociedad conyugal superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial. Que las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa, son propias; pero la mejora del plantel en la calidad de su composición -que genera un mayor valor- convierte a éste en ganancial, sin perjuicio de la recompensa que la comunidad deberá al cónyuge propietario por el valor del ganado propio aportado. Que las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad propia, son propias. Que el usufructo que completa la nuda propiedad adquirida antes del comienzo de la comunidad, es propio. Análogas soluciones brinda el Proyecto cuando los hechos y actos aludidos fueron realizados con bienes gananciales, resultando finalmente propios los bienes adquiridos o el plantel sustituido. Que el lucro ce-

sante de las indemnizaciones por daño moral o físico es ganancial; no así, las indemnizaciones percibidas por muerte del otro cónyuge, inclusive cuando provienen de un contrato de seguro. Que la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad, es propia. Que, por ende, cuando estos acontecimientos suceden durante la vigencia de la comunidad, la propiedad intelectual es ganancial en su faz patrimonial; en tanto el derecho moral sobre la obra intelectual siempre es propio.

Lamentablemente, no se resuelve la situación de cuándo para la adquisición de un bien se aportan fondos propios y gananciales en idéntica proporción.

Se introducen modificaciones en lo relativo a la prueba del carácter de los bienes, previéndose que un cónyuge en caso de negativa o imposibilidad del otro para otorgar su conformidad respecto de la calificación de un bien como propio, pueda requerir una declaración judicial en tal sentido, debiéndose tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta

el título de adquisición, o también en el supuesto de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

La gestión de los bienes gananciales es separada en ambos regímenes. Se establecen nuevos supuestos de asentimiento para los actos de disposición, ahora llamados de enajenación. Estas situaciones son: enajenación o gravamen de acciones nominativas no endosables y no cartulares, salvo que se trate de acciones autorizadas para la oferta pública; participación en Sociedades de todo tipo, con excepción de aquellas constituidas por acciones autorizadas para la oferta pública; enajenación o gravamen de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; las promesas de dichos actos. La falta de asentimiento marital acarrea la nulidad relativa de los actos, la que debe demandarse dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberse conocido el vicio, y no más allá de seis meses de extinguido el régimen matrimonial. El asentimiento es requerido aún en el régimen de separación de bienes cuando se trata de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ésta, tal como expresamos antes.

Se modifica el régimen de deudas de los

cónyuges, regido hoy por los arts. 5 y 6 de la Ley 11.357. Se mantiene el principio de que un cónyuge no responde por las deudas personales del otro. Y para el caso de obligaciones contraídas para el sostenimiento del hogar, educación de los hijos y conservación-reparación de bienes gananciales, se establece la responsabilidad solidaria. En este supuesto, para el caso que los cónyuges hayan adoptado el régimen de comunidad, el que no contrajo la obligación sólo responderá con los bienes gananciales de su titularidad.

Enumera las causales de extinción de la comunidad, incluyendo la separación judicial de bienes -la que no puede ser promovida por los acreedores de los cónyuges por vía de subrogación- e introduciendo entre los supuestos que dan lugar a esta última la separación de hecho sin voluntad de unirse, supuesto que hoy no puede invocarse, a menos que la misma tenga origen en el abandono voluntario y malicioso. Se incorpora también como nueva causal, la modificación del régimen matrimonial convenido. Se precisa los alcances de la mala administración del cónyuge en el sentido siguiente: «si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales».

Se establece que la retroactividad de la extinción de la comunidad se produce al día de la notificación de la demanda o petición conjunta en los supuestos de anulación, divorcio o separación de bienes, y se aclara que, si precedió una separación de hecho a la anulación del matrimonio, tiene efectos retroactivos a la fecha en que se produjo la separación. En todos los casos, se dejan a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito y también se faculta al Juez a modificar la extinción del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho.

Se regula la indivisión postcomunitaria, cuestión profusamente debatida. Cuando la extinción es causada por la muerte de uno de los cónyuges, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria (postura sostenida por Zannoni). Cuando se debe a otras causales, el proyecto regula la gestión de los bienes y la responsabilidad de los ex cónyuges frente a terceros. En cuanto a la gestión, establece que es separada, tal como lo era cuando la comunidad estaba vigente; que cada cónyuge tiene la obligación de informar con antelación razonable su intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria de los bienes indivisos, a lo que el otro puede formular oposición;

que los frutos de los bienes indivisos acrecen a la indivisión; que cada cónyuge puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino en la medida compatible con el derecho del otro, resolviendo el Juez -cuando no hay acuerdo entre ambos- y generándose un derecho de recompensa en beneficio del cónyuge oponente. En cuanto a la responsabilidad frente a los acreedores de los cónyuges, se aplica el régimen vigente durante la comunidad, sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común. La disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor. Faculta a los cónyuges a solicitar medidas cautelares que resguarden su porción de los bienes indivisos. Así es como pueden solicitar autorización judicial para realizar por sí solos actos para los que sería necesario el consentimiento del otro, frente a la negativa injustificada de aquél, y solicitar la designación de uno de ellos o de un tercero como administrador de la masa del otro.

Bajo el título Liquidación de la Comunidad, se regulan de manera expresa las recompensas admitidas por la doctrina y jurisprudencia predominantes. Por un

lado se establecen las cargas de la comunidad (sostenimiento del hogar y de los hijos comunes y de cada uno de los cónyuges, las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales), excluyéndose de éstas el soportar la adquisición que cada cónyuge hace para sí de ropas, objetos de uso personal y lo necesario para el ejercicio del trabajo o profesión. Por otro, el establecimiento de recompensas cuando se ha beneficiado la comunidad en detrimento del patrimonio propio, o cuando se ha beneficiado al patrimonio propio en detrimento de la comunidad. Se enumeran además dos casos: uno de ellos es la venta de bienes propios sin reinversión, donde se establece con carácter *iuris tantum* que el precio ha beneficiado a la comunidad; el otro es el mayor valor de la participación societaria con carácter propio de uno de los cónyuges debido a la capitalización de utilidades durante la comunidad. Solución que también se aplica a los fondos de comercio. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Los bienes que originan recompensa se valúan

según su estado al día de la disolución del régimen y, según su valor, al tiempo de la liquidación. La recompensa es una obligación de valor y, en consecuencia, su saldo debe ser colacionado a la masa común y sólo en caso de insuficiencia de la masa ganancial; ello se traducirá en un crédito de un cónyuge contra el otro.

En cuanto a la liquidación, la norma proyectada establece un derecho preferencial del autor respecto de su obra intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado, que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el Juez puede conceder plazos para el pago, si ofrece garantías suficientes.

En el régimen de separación de bienes, el principio rector es la libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge con las limitaciones del régimen primario.ⁱⁱ Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a am-

bos cónyuges por mitades. Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el Juez puede negarla si afecta el interés familiar.

III. Uniones convivenciales

Son definidas como aquellas basadas en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente, de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Se establecen impedimentos similares a los del matrimonio para constituir una unión convivencial. De modo que la pareja en unión convivencial debe contar con aptitud nupcial para el reconocimiento de efectos, los que surgen luego de dos años de convivencia, o antes, si la unión fue registrada. La registración es sólo a efectos probatorios entre convivientes y frente a terceros; no tiene efectos constitutivos. De no haber registración, la unión puede probarse por cualquier medio. Así como se registra la unión, se hace lo propio con su extinción y con los pactos que los convivientes puedan darse.

Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de la vi-

vienda familiar ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El Juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Los pactos de convivencia -no obligatorios- se hacen por escrito y se refieren al modo en cómo los convivientes van soportar las cargas del hogar durante la vida en común, al modo en cómo van a dividir los bienes obtenidos por el esfuerzo común y en cómo van a atribuir el hogar común en caso de ruptura. Al igual que los cónyuges, los convivientes no pueden dejar de lado, en sus convenciones, lo siguiente: a) el deber de contribuir a los gastos domésticos; b) la responsabilidad solidaria frente a terceros por deudas contraídas para solventar las necesidades del hogar y la crianza de los hijos; c) la protección de la vivienda familiar.

La unión convivencial cesa por muerte o sentencia de fallecimiento presunto de alguno de los convivientes, por matrimonio o nueva unión convivencial de alguno de sus miembros, por matrimonio entre ellos, por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro, por el cese durante un período superior a un año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia

no implica su cese si obedece a motivos laborales o similares.

Extinguida la unión convivencial, el miembro que ha sufrido un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a percibir una compensación económica, que siempre debe ser por un tiempo determinado, a diferencia de la compensación post divorcio que puede ser por tiempo determinado o indeterminado (criterio que, como dijimos antes, no compartimos). En el pacto de convivencia, los convivientes pueden acordar la exclusión de esta compensación.

El criterio para la atribución de la vivienda familiar es similar al seguido para los cónyuges. El plazo de atribución, establecido por el Juez, no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, con un máximo de dos años, a contar desde que se produjo el cese de la misma.

Se le reconoce al conviviente superviviente que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, el derecho real de habitación gratuito sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último ho-

gar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. A diferencia con el matrimonio, este derecho tiene una duración máxima de dos años. Es inoponible a los acreedores del causante.

IV. Parentesco

El Proyecto sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, que considera pertinente sólo en un régimen filial que únicamente recepta la filiación por naturaleza. (PERRINO, J.O; 2012: 393). Así lo define como el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. En su cómputo, admite dos clases de líneas: la recta y la colateral, eliminando la subclasificación, en la primera de ellas, en ascendente y descendente.

Dispone el Proyecto que el cónyuge debe alimentos a los hijos del otro cónyuge o conviviente, teniendo esta obligación carácter subsidiario y extinguiéndose en los casos de disolución del matrimonio o ruptura de la convivencia. Empero, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del

otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el Juez, de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. Es requisito para la procedencia de esta cuota asistencial haber asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro.

El Proyecto faculta a disponer la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. Innova en orden al incumplimiento de la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su empleado. Prescribe que es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple con la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor. Dispone que las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto, devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los Bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el Juez fije, según las circunstancias del caso.

En cuanto al derecho de visita, el Proyecto modifica la terminología y sustituye la expresión «visitas» por la de «derecho

de comunicación» y elimina toda referencia a la obligación alimentaria recíproca para establecer este derecho. Con dicho alcance dispone que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, o con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Asimismo extiende el derecho de comunicación a otras personas que justifiquen un interés afectivo legítimo. Si se deduce oposición, fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el Juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

V. Filiación

A las dos fuentes de la filiación del actual Código, t. Ley 23.264 (1985), por naturaleza y por adopción, el Proyecto incorpora aquella que nace de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), fundamentándose en el derecho a procrear, no enunciado expresamente en los instrumentos de derechos humanos, pero constituyendo una derivación del

derecho a fundar una familia que supone el dar vida a la propia descendencia. Establece que las distintas filiaciones surten los mismos efectos, que no puede hacerse mención al origen de la filiación en el certificado de nacimiento, y que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Si bien la Exposición de Motivos delega en una Ley especial la regulación de todas las cuestiones que derivan de la llamada fertilización *heteróloga*, el Proyecto establece reglas generales relativas a la filiación por TRHA, tan contundentes ellas, que demarcan definitivamente el contenido y alcance de esta norma, minimizando al extremo la posibilidad del debate parlamentario, siendo que los lineamientos de esta Ley están dados por las reglas aludidas las que, por su especificidad, distan de ser tan generales como se anuncian. A las mismas refieren: a) el consentimiento previo, informado, libre, protocolizado ante Escribano público, renovable en cada oportunidad que se utilicen gametos o embriones, y revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella; b) la voluntad procreacional como principio rector, distinto del principio

que rige la filiación por naturaleza, cual es el de primacía de la realidad biológica, haya habido o no voluntad procreacional. «Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento... con independencia de quien haya aportado los gametos (art. 561). En virtud de esta voluntad, está vedado el ejercicio de cualquier acción de filiación, reclamativa o impugnativa, cuando la misma se ha producido a través de TRHA con gametos de terceros; c) la filiación post mortem en las TRHA, sólo cuando la persona haya consentido por escrito que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, o cuando la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produjera dentro del año siguiente al deceso; d) la Gestación por sustitución (maternidad subrogada -alquiler o comodato de vientre-). La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial, previa a la transferencia embrionaria en la gestante, practicada por el Centro de Salud. Si esta homologación faltase, la filiación se determina por

las reglas de la filiación por naturaleza (rige el principio de la realidad biológica: madre es la mujer que pare). El Juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la Ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución, más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos un hijo propio. La identidad del donante puede revelarse con autorización judicial si la persona nacida a través de estas técnicas lo solicita, fundando sus razones. Esta puede obtener del Centro de Salud interviniente información relativa a datos médicos del donante cuando haya riesgo para su salud.

En materia de acciones de filiación, el Proyecto presenta interesantes novedades. Así es que regula expresamente la prueba genética; la elección del Juez competente por el actor cuando es menor de edad o con capacidad restringi-

da, pudiendo optar entre el Juez donde está situado su centro de vida o el del domicilio del demandado; la posibilidad expresa de fijar alimentos provisorios durante el proceso de filiación o, incluso, antes de su inicio; la posibilidad de impugnar la filiación preventivamente antes del nacimiento; el otorgamiento de legitimación activa a todo el que invoque un interés legítimo y al o a la cónyuge de la madre; la reducción de los plazos de caducidad y el establecimiento de caducidad para la acción de impugnación de la maternidad (menos cuando la ejerce el hijo), que hoy no tiene.

VI. Adopción

Luego de definir a la adopción como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen, enumera los principios por los que se regirá el instituto, a saber: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen, o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizán-

dose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre hermanos, excepto por razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer sus orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los 10 años. Se otorga la posibilidad de adoptar a los convivientes. Se reduce la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, a 16 años, como también la edad mínima para adoptar, ahora establecida en 25 años. Se elimina el requisito de residencia permanente en el país durante cinco años, anterior a la petición de la guarda con fines de adopción para las personas de nacionalidad argentina, o naturalizadas en el país. Se exige al pretense adoptante estar inscripto en el Registro de adoptantes. Se permite la adopción conjunta de personas divorciadas, o cesada la unión convivencial cuando durante el matrimonio o la unión hayan mantenido estado de madre o padre respecto del niño. El mismo criterio se adopta cuando el tiempo de guarda se completa después de haber fallecido uno de los cónyuges o convivientes. Se regula la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (el otrora estado de abandono) estableciéndose un plazo máximo de

prórroga de la medida excepcional en ciento ochenta días. Expresamente, se dispone que la declaración judicial en situación de adoptabilidad, equivale a la sentencia de privación de la responsabilidad parental. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda, de niños, niñas y adolescentes, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y los pretensos guardadores del niño. Mantiene los tipos de adopción plena y simple, aunque las diferencias entre ambos se desdibuja, pudiendo el adoptado mantener vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. Pudiendo también el adoptado pleno incoar la acción de filiación contra sus progenitores, sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios, sin alterar los otros efectos de la adopción. La adopción plena mantiene su carácter irrevocable.

VII. Responsabilidad parental

Se reemplaza el término *patria potestad por el de responsabilidad parental*. De los fundamentos del Proyecto se destaca que el lenguaje influye en las creencias,

e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico (CATALDI, M.; 2012: 465). El instituto se cimienta en los principios del interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo (disminuyendo la representación parental en la medida en que aquélla aumenta) y el derecho de éste a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. En cuanto al ejercicio, la responsabilidad parental siempre corresponde a ambos progenitores, aunque medie divorcio, nulidad de matrimonio o separación de hecho. El desacuerdo entre ambos progenitores será dirimido por el Juez competente mediante el procedimiento más breve, previa audiencia y con intervención del Ministerio Público, pudiendo el Juez atribuir total o parcialmente a uno de ellos el ejercicio, o distribuir funciones, por un plazo que no debe exceder los dos años, como también ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación. El Proyecto plantea varias novedades: 1) la delegación de la responsabilidad parental en pariente o tercero idóneo (inclusive, el progenitor afín) mediante convenio homologado judicialmente, conservando los progenitores la titularidad de la responsabilidad parental y pudiendo supervisar la crianza y educación del hijo. Esto rige tanto para

el hijo de doble vínculo filial como para el de vínculo filial único. 2) el ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes (a partir de los 13 años) con las siguientes salvedades: los abuelos por parte del progenitor que tiene al niño consigo pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para ese niño, como también intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo, siendo necesario el asentimiento de éstos para actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida, u otros actos que puedan lesionar gravemente sus derechos. No podemos dejar para el final la crítica que entendemos merece esta disposición: nuevos conflictos para nuevas intervenciones judiciales, siendo que es de libérrima interpretación según el modo de vida de cada familia, cuáles son actos trascendentes. 3) la confección de un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, modificable en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo, quien tiene derecho a participar. 4) la regulación del otorgamiento judicial de la guarda, a un tercero, pariente o no, para que asuma el cuidado personal del niño, niña o adolescente y tome las

decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, por el plazo de un año, vencido el cual el Juez deberá resolver la situación de éstos. 5) la regulación de los deberes de los hijos: respetar a sus progenitores, cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior, prestar a los progenitores colaboración propia a su edad y desarrollo, y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas circunstancias de la vida en que su ayuda fuera necesaria. 6) la regulación de deberes y derechos para los progenitores afines, entendiendo por progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente: cooperar en la crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a la formación del hijo en el ámbito doméstico, adoptar decisiones ante situaciones de urgencia, prestar alimentos en carácter subsidiario (esta obligación cesa en caso de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia). Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental. Si bien el título del capítulo 7 del Título VII alude a progenitores e hijos afines, no encontramos deberes ni derechos en cabeza de los hijos. 7) la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental mientras dure la convivencia del hijo con

un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido por leyes especiales. Entendemos que el Proyecto resuelve, entonces, el alcance de la autoridad de los padres cuando el hijo está sujeto a medida excepcional.

En cuanto a los deberes de los padres, se prohíbe expresamente el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Se impone el deber de considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo, el derecho del niño a participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos, el respeto y facilitación para el mantenimiento de las relaciones personales con abuelos, otros parientes y personas con las cuales tenga un vínculo afectivo. Pese a que el título del Capítulo alude a deberes y derechos, el enunciado refiere sólo a deberes, desentendiéndose el Proyecto de la doctrina indiscutida en cuanto a que en el instituto en análisis, los derechos hacen al ejercicio eficaz de la función: protección, desarrollo y formación integral de los hijos menores de edad no emancipados (ZANNONI, E.; 1989:652. BISCARO, B.;1990:60. BOSSERT

G.-ZANNONI E.; 1989:392. BELLUSCIO, C.;1998:3) Se elimina el concepto arcaico de tenencia, y se alude con justeza al de cuidado personal, el que puede ser asumido por ambos progenitores o por uno solo. En el caso de la asunción por ambos, éste puede ser alternado (el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores según la organización y posibilidades de la familia) o indistinto (el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores compartiendo ambos las decisiones y distribuyendo de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado). A falta de plan de parentalidad o de su homologación, el Juez debe otorgar como primera alternativa el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta. En caso de cuidado, atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo, y el de colaboración con el progenitor conviviente. El cuidado unipersonal es excepcional, y para atribuirlo, el Juez debe dar prioridad al progenitor, que facilita el derecho al trato regular con el otro y el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

VIII. Procesos de familia

Si bien el Código Civil contiene normas de procedimiento, el sistema proyectado

impresiona porque estas normas se presentan ordenadas en un título dividido en cuatro capítulos: 1) Disposiciones generales; 2) Acciones de estado de familia; 3) Reglas de competencia; 4) Medidas provisionales (MEDINA, G; 2012:491/2)

Enumera los principios que sustentan todos los procesos de familia, a saber: Tutela judicial efectiva, Inmediación, Buena Fe y Lealtad Procesal, Oficiosidad, Oralidad, Acceso Limitado al Expediente; Acceso a la Justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables; Resolución pacífica de los conflictos; Especialización de los Jueces; Apoyo multidisciplinario; Obligada participación en el proceso de niños y personas con discapacidad; Primacía del interés superior del niño.

Establece el derecho de las personas menores de edad y de aquellas con capacidad restringida a ser oídas de manera personal y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten.

Explícitamente, establece los caracteres de imprescriptibilidad, inherencia personal e irrenunciabilidad de las acciones de estado de familia. Sin embargo, admite que la acción de adopción sea ejercida de oficio por el Juez interviniente (quien otorgó la guarda del niño) o a pedido de

la autoridad administrativa, lo que contradice la inherencia personal. No se dice que estas acciones son inalienables.

Fija la competencia del Juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional.

En cuanto a las medidas provisionales, encontramos a las personales y a las referidas a los bienes. Entre las primeras, enumera de modo no taxativo la determinación de cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, como también qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble, la determinación de un monto por el uso de la vivienda -si correspondiere-, la orden de entrega de los objetos de uso personal, la determinación de un régimen de alimentos y de cuidado de los hijos, la determinación de los alimentos que solicite el cónyuge. En cuanto a las medidas relativas a los bienes, el Juez está facultado para dictar las medidas de seguridad y evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, ha-

cer inciertos o defraudar, los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial. El Magistrado también puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares. A estas medidas hay que adicionarle las medidas protectorias especiales establecidas para la etapa de indivisión post comunitaria, consistentes en: a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro cónyuge, si la negativa requerida fuera injustificada; b) la designación de un cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro.

Apreciaciones conclusivas

Luego de presentada la normativa proyectada, y no habiendo pormenorizado ningún análisis al respecto, emitimos algunas consideraciones valorativas: se advierte falta de articulación entre distintos institutos, evidenciando el tratamiento por equipos diferentes que no han acordado la dikelogía que debió iluminar al conjunto. Así, por ejemplo, se prohíbe la adopción originada en la entrega en guarda que los padres biológicos hubiesen hecho de su hijo, a la par que se regula la delegación de la custo-

dia del hijo, figura desconocida hoy. Si los padres eligen a la persona que cría a su hijo, ¿cuál es el sentido de que ésta no pueda adoptarlo si existe la voluntad de los primeros de otorgar la adopción?

No sucede esto, en cambio, en el Título que regula el Régimen Patrimonial del Matrimonio, el que, por su parte, tiene el mérito de zanjar cuestiones largamente debatidas en doctrina y resueltas de modo disímil por la Jurisprudencia, como son la calificación de los bienes, la regulación de las recompensas y el reconocimiento de la indivisión post comunitaria. Si bien la norma proyectada puede resultar antipática para los que sostienen distinto criterio al elegido por ella, éstos y aquéllos sabrán con certeza cómo se resolverá en su momento el conflicto, porque la Ley se anticipó y previó su solución. La forma y el contenido del Título II da cuenta de la intervención de civilistas de la vieja escuela, precisos y acotados, conscientes de lo que están haciendo: dando una Ley a la Nación. Es llamativo, o no tanto, que la precisión de los términos luzca clara y vigorosa en el tratamiento de lo patrimonial y se diluya en otros temas, tanto o más trascendentes que el económico. Sin perjuicio de lo dicho, no pueden pasar inadvertidas algunas imprecisiones que serán fuente

de litigio, como por ejemplo, haber establecido como día de la extinción de la comunidad, por el efecto retroactivo de la sentencia de divorcio, el día de la separación de hecho sin voluntad de unirse, siendo que este día no siempre puede determinarse con exactitud. También es criticable dejar librado al arbitrio judicial la extensión del efecto retroactivo, apelando a la existencia de fraude o abuso de derecho, lo cual genera incertidumbre, en especial en cuanto a la calificación de los bienes.

Si bien observamos con agrado la regulación de la petición incausada del divorcio vincular, sujeta a la presentación de propuesta regulatoria de los efectos de la ruptura, imponiendo así a quienes deciden cerrar una etapa de sus vidas, pensar y medir las consecuencias, autorregulándose, en lugar de dejar librado a un tercero la planificación del futuro próximo, nos genera alguna resistencia que el cónyuge gravemente injuriado por el otro no pueda denunciar la ilegitimidad de la conducta de éste. Más allá de la posibilidad de demandar resarcimiento económico por los daños y perjuicios que pueda haber padecido, no todo requerimiento se mide en dinero. Quien haya sido víctima del obrar dañino de su cónyuge merece tener la posibilidad de que el Juez le diga a éste cuál

es la Ley que incumplió y, de ese modo, aunque tardíamente, le presente el límite que de por sí no supo darse. El proyecto cierra toda posibilidad en ese sentido. Este cónyuge injuriado tampoco puede aspirar a recibir un trato diferenciado al momento de establecerse los efectos de la ruptura matrimonial, siendo que son los mismos, tanto para el cónyuge de buena o mala fe, como para el que actúa con rectitud como dolosamente. Así es que, tanto para la atribución del uso de la vivienda familiar como para el establecimiento de compensación económica por desequilibrio patrimonial, no se tiene en cuenta la conducta desplegada por el cónyuge que reclama. A modo de síntesis de lo que sostenemos, transcribimos la ponencia que el Centro de Estudio de Derecho de Familia y Persona de la U.C.A.-que integramos- presentará en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en el mes de septiembre de 2013: De lege ferenda: «El cónyuge que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esa causa, siempre que no hubiese

desplegado grave conducta dañosa contra el otro. Esta compensación podrá consistir en una prestación dineraria temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. En su caso, la resolución judicial fijará las garantías para su efectividad.»

Nos resulta llamativo que el Proyecto se inspire en los principios de libertad personal y autonomía de la voluntad y establezca una minuciosa regulación de las uniones convivenciales; de modo que aquellos que deciden no contraer matrimonio para no sujetarse a la norma, quedan igualmente bajo su imperio. «...Bajo la idea de que se hace por 'solidaridad familiar' se impone a quienes viven unidos de hecho un régimen imperativo, legal y forzoso con severas consecuencias personales y patrimoniales (PELLEGRINI, M.V.; 2012:3). No reconocemos que la protección eficaz de la mujer vulnerable se logre mediante la regulación de la convivencia de facto. Parece más bien que la pretensión de la regulación proyectada fuera legitimar socialmente los concubinatos, cada vez más frecuentes, de la clase media.

Se sientan las bases para un tratamiento desigual de los embriones humanos, según estén o no implantados en el cuerpo

de la mujer. Si bien la Exposición de Motivos argumenta que «esta posición no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna», lo cierto es que, al no reconocérseles personalidad jurídica, la protección encomendada a la Ley especial se escatima respecto de los embriones no viables, tanto como de aquellos supernumerarios - crioconservados o no- cuyos «dueños» mutan la voluntad procreacional habida en el inicio.

No compartimos que el Proyecto haya mantenido la consideración de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica como un indicio grave, en lugar de haber interpretado esta negativa como presunción con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, tal como correspondería según la teoría de las cargas probatorias dinámicas hoy indiscutida entre los procesalistas (Famá M.,2012:432). Menos se comprende si se tiene en cuenta que el Título VIII (Procesos de Familia) enuncia como principio relativo a la prueba el de flexibilidad, y expresamente establece que «la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar».

No acordamos con la regulación de la gestación por sustitución por las razones que la doctrina argentina mayoritaria

expresa: la cosificación del niño y de la mujer, el desconocimiento de la dignidad ínsita de la persona humana, la nulidad insalvable de los contratos que disponen sobre el estado de familia, el peligro de alentar en el país el turismo procreativo, que conlleva una nueva manera de explotación de mujeres jóvenes y pobres.

Consideramos que, enumerar entre los requisitos para la homologación del convenio de gestación por sustitución el haber tenido en miras el interés superior del niño, deviene una fórmula vacía, siendo que el niño resulta ajeno a un contrato celebrado por adultos.

Se advierte como una contradicción que la madre biológica sólo pueda prestar su consentimiento para adoptar, luego de haber transcurrido cuarenta y cinco días desde el nacimiento, mientras que la gestante por sustitución (madre subrogada) tiene que entregar al niño inmediatamente luego de su nacimiento, sin poder decidir si lo conserva o no, luego de nueve meses de gestación. (BASSET U.; 2012: 445).

Hubiera sido preferible no incorporar como principios de la adopción lo que, en realidad, son directrices: el agotamiento de las posibilidades de permanencia

en la familia ampliada, y la preservación de los vínculos fraternos. El principio de subsidiaridad respecto del gran principio rector en éste y en todas las materias, el del interés superior del niño, hubiese sido suficiente y ajustado a las realidades concretas, tan distantes de un modelo abstracto.

No acordamos con la participación que el Proyecto le atribuye a los organismos administrativos de protección de derechos de los niños, en el procedimiento para la declaración del estado de adoptabilidad (la Administración ha intentado la vinculación del niño con su familia de origen y no lo ha logrado poniendo fin a la medida excepcional) y, menos aún, en el juicio de adopción. La burocratización conspira contra la agilización del trámite de la adopción que se pretende, según la Exposición de Motivos.

Observamos discordancias en el criterio seguido para dar participación a los niños en los procesos que los involucran primordialmente. Así es como es obligatorio el consentimiento de los niños en su adopción, a partir de los 10 años de edad, sin referencia alguna a la capacidad de formarse un juicio propio; mientras que se los considera parte en el juicio de adopción si cuentan con edad

y grado de madurez suficientes, sin establecer ningún criterio orientativo. Para la regulación judicial de la guarda sólo se prevé su citación para ser tenida en cuenta su opinión, si cuentan con edad y grado de madurez. Idéntico criterio se sigue para que los niños puedan acceder al expediente judicial y administrativo en los que se tramitó su adopción.

Advertimos incongruencias en la regulación de la adopción plena y simple. En aras de la mayor flexibilidad que se le otorga en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas, facultando a los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, a mantener subsistente el vínculo con algún pariente en la adopción plena y en la adopción simple, a generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes, entendemos que hubiera sido preferible eliminar los tipos de adopción.

Valoramos positivamente la incorporación de la guarda judicial, un instituto tan afín a nuestra costumbre jurídica y tan denostado por la interpretación fundamentalista de las leyes de infancia. Criticamos, en cambio, el modo anodino, quizá demagógico, de cómo el Proyecto regula la función parental, soslayando en los términos una regla de oro de

cualquier sistema familiar: los padres ejercen autoridad sobre sus hijos.

«El Proyecto no define qué es un procedimiento familiar. Por ende, no queda claro cuál es el ámbito de aplicación del sistema procesal establecido en el Título VIII. Cabe preguntarse si la norma incluye a los procesos seguidos por los hijos o por los cónyuges entre sí, por transmisión de enfermedades o por daños por violencia doméstica, o si están comprendidos los amparos de salud para lograr la cobertura de un tratamiento de discapacidad. O si abarca las autorizaciones para realizar una operación de reasignación de sexo cuando se trata de menores, o si se aplican a los procesos de salud mental. En definitiva, no se sabe en qué medida la participación de los miembros de la familia en el litigio o el impacto que la resolución del conflicto tiene en todos los miembros de la familia permite considerar que se está frente a un proceso en materia de familia» (MEDINA, G.; 2012: 494)

Según reflexiona Graciela Medina, sería importante unificar la denominación de las medidas cautelares, ya que a lo largo del Proyecto aparecen como cautelares, provisorias, provisionales, o simplemente medidas (MEDINA, G; 2012:510) ■

Bibliografía

ALBERDI, JUAN BAUTISTA: Obras completas, T VII, Buenos Aires, 1887

BELLUSCIO, AUGUSTO C.: Manual de Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1998

La elección del régimen patrimonial por los esposos; LL1994-A-799 BISCARO BEATRIZ: Régimen de la filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1990

BOSSERT GUSTAVO A. Y ZANNONI EDUARDO A.: Manual de Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 1989

CATALDI, MYRIAM: La responsabilidad parental, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director, Graciela Medina, Coordinadora, Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 463/489

FAMA MARÍA VICTORIA: Filiación, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 419/440

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje), en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 290

MEDINA, GRACIELA; El proceso de familia, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Ribera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 491/511

Gestión por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año Iv, N° 8, septiembre de 2012, pág. 3

PELLEGRINI, MARÍA V.: Las uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil, J.A. 2012-II, número especial El Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil, pág.3

Perrino, Jorge O.: Parentesco, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 393/417

RIVERA, JULIO CÉSAR: La constitucionalización del derecho privado en el proyecto del Código Civil y Comercial, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 1/22 ZANNONI, Eduardo A.: Derecho Civil. Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 1989

¹ Roveda no comparte este criterio, sosteniendo que la utilidad es el resultado de ganancias del ejercicio. Para convertirse en dividendo necesariamente debe existir una asamblea que así lo establezca, sólo allí puede utilizarse el concepto de fruto. Por tal criterio, las utilidades de las Sociedades sólo son ganancias cuando la misma Sociedad así lo decide, ya que puede suceder que las utilidades deban invertirse a los efectos de conservar o mejorar su situación en el mercado. Por ello, entiende que la solución propuesta es errónea y que debería haberse regulado el supuesto en el cual uno de los cónyuges, en uso de sus facultades societarias, hubiere detraído indebidamente dividendos. (ROVEDA EDUARDO G.:«El régimen patrimonial del matrimonio» - Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012 – JULIO CÉSAR RIVERA, DIRECTOR; GRACIELA MEDINA, coordinadora; Ed. ABELEDO PERROT.

² Al decir de Belluscio, se trata de un régimen egoísta que no refleja la comunión de vida que el matrimonio implica (BELLUSCIO, AUGUSTO C: «La elección del régimen patrimonial por los esposos»; LL1994-A-799)