

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CORDOBA**

**ESTUDIO DEL PROYECTO DE UNIFICACION DEL
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION
EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA**

**Informe requerido y presentado al Sr. Director del Instituto de
Derecho Civil de la Academia, Prof. Dr. Juan Manuel Aparicio**

**CORDOBA
OCTUBRE DE 2012**

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

❖ **PRESIDENTE: PROF. DR. JUAN CARLOS PALMERO**

❖ **DIRECTOR INST. DE DER. CIVIL.: PROF. DR. JUAN M. APARICIO**

❖ **COMISION PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA:**

1. **Prof. Dr. Eduardo Fanzolato:** Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales, Doctor en Derecho y Cs. Sociales, Director de la Especialidad de Derecho de Familia y Profesor Titular de Familia y Sucesiones de la Fac. de Derecho de la UNC.
2. **Prof. Dra. Alicia García de Solavagione:** Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia, Doctora en Derecho y Cs. Sociales, Especialista en Derecho de Familia, Profesora de Derecho de Familia en la Fac. de Derecho de la UNC y Fiscal Civil del Poder Judicial de Córdoba.
3. **Prof. Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal:** Especialista en Derecho de Familia, Profesora de Derecho de Familia en la Fac. de Derecho de la UNC y Juez de 1ra. Instancia en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de Córdoba.
4. **Prof. Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace:** Especialista en Derecho de Familia, Profesora de Derecho de Familia en la Fac. de Derecho de la UNC y Abogada litigante.
5. **Ab. Nicolás Alejandro Almaraz:** Adscripto a la Cátedra “A” de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC y Abogado litigante.

Esta *Comisión para el Estudio del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación en Materia de Derecho de Familia*, ha elaborado el presente documento en el ámbito de la **Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**. El mismo fue efectuado a requerimiento y por indicación del **Señor Director del Instituto de Derecho Civil de la Academia, Prof. Dr. Juan Manuel Aparicio**.

INDICE

PRIMERA REUNION	ACTA DE CONSTITUCION	11 JUN	PAG. 9
SEGUNDA REUNION	RELACIONES DE FAMILIA	18 JUN	PAG. 13
TERCERA REUNION	MATRIMONIO. CELEBRACION	25 JUN	PAG. 29
CUARTA REUNION	MATRIM. DEBERES Y DER.	02 JUL	PAG. 35
QUINTA REUNION	DIVORCIO	16 JUL	PAG. 51
SEXTA REUNION	SOCIEDAD CONYUGAL	23 JUL	PAG. 69
SEPTIMA REUNION	SOCIEDAD CONYUGAL	30 JUL	PAG. 89
OCTAVA REUNION	UNIONES CONVIVENCIALES	07 AGO	PAG. 195
NOVENA REUNION	FILIACION	14 AGO	PAG. 221
DECIMA REUNION	FILIACION	21 AGO	PAG. 261
UNDECIMA REUNION	ADOPCION	28 AGO	PAG. 277
DUODECIMA REUNION	ADOPCION	05 SEP	PAG. 295
DECIMOTERCERA REUN.	SUCESIONES	11 SEP	PAG. 313
DECIMOCUARTA REUN.	SUCESIONES	18 SEP	PAG. 329

ACTA DE CONSTITUCION

En la ciudad de Córdoba, a los once (11) días del mes de junio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada, a los fines de la **Constitución de la Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba las aquí presentes: **Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal y Ab. Esp. Nélide Mariana Wallace**, cuyos antecedentes y curriculum quedan reservados en Secretaría de la Institución. Abierto el acto, se procede a tratar como tema del día: **“La Metodología a implementar en esta Comisión”**. Se resolvió abordar núcleos de instituciones del Derecho de Familia compatible con la aparición de las mismas, en el método expositivo doctrinario usual. El abordaje parte de una visión responsable acorde a la época. Se concertó que el concepto de “Familia” ha variado y se reconocieron los distintos tipos de familia que se presentan en el proyecto, los que se encuentran en consonancia con las disposiciones constitucionales vigentes en el país desde el advenimiento de la democracia y en especial desde 1994. Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:00 horas, se procede a cerrar la presente acta incorporándose en anexo las **Ideas Centrales** tratadas. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el lunes 18 de junio a la misma hora.

IDEAS CENTRALES

- Las normas imperantes en Derecho de Familia no son de vieja data, sino que desde el advenimiento de la democracia (1984), por lo que las instituciones del Derecho de Familia se encuentran en pleno vigor y conforman una realidad
- ¿Existe una modificación en el concepto de familia?
- Afirmamos que la familia como comunidad no se encuentra protegida, sino que se protege los derechos individuales de sus integrantes.
- Existe una preeminencia de los intereses individuales respecto de los intereses del grupo familiar.
- De manera positiva hay coherencia en la protección de la vivienda familiar a través del tiempo, manteniéndosela como Política de Estado.
- Se percibe un aumento y acentuado reconocimiento de las autonomías y potencialidades de las personas integrantes del grupo familiar, sin el simétrico desarrollo de las responsabilidades basadas en la Solidaridad Familiar.
- Como un efecto colateral, nos preguntamos si el proyecto no provocaría una expulsión prematura de sus integrantes, toda vez que este tratamiento legislativo que se pretende no lleva como necesario correlato, mayores responsabilidades fundadas en la solidaridad del grupo.
- Minimización de los vínculos de sangre.
- Proyección de los afectos sociales.
- Falta de solidaridad familiar, se introduce como principio rector la autonomía de la voluntad.
- En el estatuto filiatorio se percibe grandes inconsistencias, que lo harían probablemente inconstitucional, implicando quizás un retroceso, como lo analizaremos a posteriori.
- Adultización forzada del niño, niña o adolescente en el proceso de Adopción.
- Incorporación de figuras novedosas y positivas como las prestaciones compensatorias, legítima para el hijo disminuido.
- Incorporación de un sistema separatista de bienes con la posibilidad de pactar las convenciones matrimoniales. Inconveniencia de que las mismas sean mutables.

Objeción al principio de libertad en las relaciones de familia: la libertad en la comunidad familiar debe ceder frente al otro integrante del grupo, so pena de parecer un desinterés o indiferencia a uno de sus miembros. Aparece entonces, una desprotección bajo la apariencia de un seudo resguardo.

Se es conciente que en un Proyecto de semejante envergadura, resultaría imposible abordar la totalidad de las instituciones familiares, no obstante ello se ha tomado instituciones axiales y se las analizó artículo por artículo en forma previa al debate de las reuniones.

ACTA DE LA SEGUNDA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los dieciocho (18) días del mes de junio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática **de la Comisión de Familia para el Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba las aquí presentes: Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal y Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace. Abierto el acto se proceden a tratar los **Capítulos I y II del Título I “Matrimonio”, del Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan a continuación.

CAPITULOS I Y II DEL TITULO I: “MATRIMONIO” DEL LIBRO SEGUNDO

“RELACIONES DE FAMILIA”

Informe escrito elaborado por la Dra. Alicia García de Solavagione

En el Libro Segundo del Proyecto, se tratan las “Relaciones de Familia”, cuyo Título I aborda el Matrimonio. Lleva un epígrafe el Capítulo 1, que indica: “Principios de libertad y de Igualdad”.

Se comienza analizando el **art. 402 del Proyecto** pues deberá interpretárselo como "Norma General" en materia de familia. En dicho artículo se puede advertir contradicciones cuando allí se expresa: **“Interpretación y aplicación de las normas.** Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir **la igualdad** de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”

En su texto han omitido el principio de "libertad" que se incluye en el epígrafe, surgiendo la ilusión de que aún se consideraría al matrimonio como una "Institución", cuando en realidad lo que se pretende incorporar en el Proyecto de C.C., es la noción de "Matrimonio Contrato", por su forma de disolución unilateral. Es decir, no se incluye la noción de libertad en paridad con el principio de igualdad, cuando para ser coherentes con el espíritu que se pretende imponer debieran consignarse ambos.

Señalar esta contradicción no implica, en absoluto, coincidir con los paradigmas que se procuran imponer. Las relaciones de familia involucran principios basados en la Solidaridad Familiar; en el ceder por el otro integrante del grupo, con lo cual se impone necesariamente **un recorte a las libertades individuales**, por un fin ulterior: El Interés Superior Familiar. En especial, las relaciones paterno-filiales (antiguamente *patria potestad*), son relaciones basadas en la subordinación de los hijos a la autoridad parental, no deben considerarse relaciones entre pares. Sobre el punto nos explayaremos cuando abordemos la cuestión filiatoria.

La libertad en el Derecho de Familia.

Imposibilidad de su aplicación sin desequilibrar la familia.

Francisco M. Ferrer¹ sostiene que “el interés familiar, consiste en la realización de los fines esenciales de la familia, y a la vez, en la protección del interés individual dentro del grupo. El interés familiar no es, por lo tanto, independiente del interés de los individuos del grupo; por el contrario, son y deben ser armónicos entre sí. Pero si el interés individual trata de alcanzar fines distintos que los del interés familiar, estaremos seguramente ante un ejercicio abusivo de los derechos subjetivos familiares, que la ley reprime”. “Además, en caso de una eventual oposición, debe prevalecer siempre el interés familiar por ser superior, y para asegurar tal predominio la ley atribuye carácter de orden público a las normas que lo tutelan, pues su protección se considera necesaria para la existencia y conservación de la familia. Por eso, afirma Díaz de Guijarro, el interés familiar es la fórmula propia del orden público en el derecho de familia”.

Entonces, si se habla de un grupo familiar, aún cuando para los autores² del proyecto se consideré que “*La Familia es una Construcción Cultural*”; en las relaciones que se generan en ese grupo natural, social, cultural o como se lo quiera enfocar, siempre va a existir una **INTERDEPENDENCIA** entre ellos. Los vínculos que se forjen, en consecuencia, serán de subordinación a fines superiores, más allá del interés individualista de sus integrantes. La libertad, como valor absoluto, es inaplicable en el derecho de familia.

Este tema, no es una disquisición menor. Si no se tiene claro o se tergiversa deliberadamente la interpretación de lo que es una familia, para la Nación Argentina, pueden producirse cambios demasiado quirúrgicos. Ergo, la sociedad los rechazara, deslegitimándolos.

¹ Ferrer, Francisco A. M.: “Derecho de Familia. Tomo I”. Capítulo 1: “Introducción al Derecho de Familia”. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1982, pág. 34.

² Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Conferencia dictada en el Centro Núñez” del Poder Judicial de Córdoba, el 23 de julio de 2012, referida a los Fundamentos del Proyecto de Código Civil.

Advierte al respecto en su obra el Dr. Fanzolato: “Los nuevos paradigmas familiares deben comenzar teniendo un auténtico y maduro ACOGMIENTO SOCIAL para poder, luego, incorporarse a la normativa legal”.

Fanzolato³ lo explica con claridad: **“La familia constituye una entidad de base natural queriendo significar que es una entidad prejurídica y que, por ende, no es una institución jurídica creada o regulada por el derecho”**. Es ilustrativo, el maestro Fanzolato, cuando se refiere a las funciones que tiene una familia, al hablar que ellas “son naturales o religiosas. Con esta óptica la familia cumple desde el origen del hombre indispensables funciones geneonómicas, formativas y de socialización de la descendencia, de solidaridad y ayuda material y moral, y de perpetuación o transmisión de patrimonios”. “El aprendizaje básico se cumple en el seno de la familia de origen que constituye un núcleo formativo y transmisor de cultura, de energía morales y de principios de solidaridad humana”.

Continúa el dr. Fanzolato, expresando: “Por ello Federico Puig Peña se refiere a la función diciendo que la familia tiende al *“desarrollo de la especie humana en todos los aspectos de la vida”*. “En la familia el hombre puede realizarse plenamente, como persona; dentro de ella, día a día puede formarse y mejorar haciéndose cada vez más un “ser humano”; es decir que la familia le permite su humanización y la búsqueda de su propia identidad. **Por este medio se aleja al individuo DEL PELIGRO MODERNO DE SU “COSIFICACION”**, que es uno de los riesgos de los institutos públicos o privados en los que se recogen a menores abandonados o en peligro” (pág. 30).

Cuando describe los diferentes modelos actuales de familia, reproduce una reflexión de Llambías, que vale la pena consignarla: “No toda evolución es conveniente ni implica un progreso jurídico. A veces el jurista tiene que luchar contra ella sin poder resignarse a ir a la zaga de las tendencias, cualquiera sea su signo” (Llambías, Jorge, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Perrot, Bs. As. 1976, t. IV-A, p. 219).

Se admite la decisiva influencia que el Dr. Fanzolato ha tenido sobre nuestras apreciaciones y, entre otros, el profesor de la Universidad de Bolonia Antonio Cicu.⁴ Expresaba el jurista italiano: *“Faltando la independencia de los sujetos, estando la misma subrogada por el concepto de subordinación a un fin, las situaciones jurídicas persisten legítimamente sólo en cuanto están justificadas por el fin y responden al mismo. Veremos así como los derechos*

³ **Fanzolato, Eduardo Ignacio:** *“Derecho de Familia. Tomo I”*. Ed. Advocatus., Córdoba, Argentina, 2007, pág. 27.

⁴ **Cicu, Antonio:** *“El Derecho de Familia”*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires, 1947. p. 121.

familiares más individualmente acentuados, ejemplo el derecho de patria potestad, desaparecen cuando no satisfacen o se oponen al fin para el cual son reconocidos”. “Hay interdependencia, porque en el ámbito de las necesidades que la familia está llamada a satisfacer, hay destinación recíproca: típica es la relación alimentaria: aunque de contenido patrimonial, y hasta precisamente por eso, la misma constituye la prueba más segura de la organicidad del vínculo; falta en él, en efecto, el concepto de la independencia económica; derecho y deber se desplazan y alternan y gradúan según la necesidad y los medios: manifestación característica de la solidaridad”.

Para finalizar el tópico de la inaplicabilidad del principio de libertad en el derecho familiar, consignamos los conceptos de Fanzolato, cuando aborda en las Conclusiones, la AUTORIDAD FAMILIAR: “La familia no es una democracia en donde todos sus miembros tienen libertad de decisión. los menores necesitan que se les marquen límites y ello sólo es posible admitiendo y respetando el funcionamiento de un sistema jerárquico ejercido en interés de los subordinados”. Sostiene que otra cosa sucede con la abolida potestad marital, al consagrarse la IGUALDAD JURIDICA DE LOS ESPOSOS, con procedimientos propios de modelos asociativos en donde las decisiones y la conducción son fruto de pactos renovados expresa o implícitamente y en los que los roles y la gestión suelen diversificarse según las capacidades o posibilidades de los miembros del grupo (padres, pareja, hijos mayores, etc.). (págs. 70 y 71).

Del Tratado de Eduardo Fanzolato: págs. 87, 88 y 89.

“Interés individual e interés familiar:

El individualismo propio del derecho privado patrimonial es desplazado en derecho de familia por la solidaridad y el interés colectivo familiar. Mientras en derecho civil patrimonial impera el “interés particular”, en derecho de familia se encuentra entronizado el interés familiar.

Los intereses individuales de los miembros del grupo están amparados en la medida que su protección consulte e integre el interés familiar, a través del cual se satisface el interés del Estado y de la peculiar concepción acerca de la organización social que sirve de base a tal Estado. Si hay colisión entre los intereses individuales y los familiares prevalecen estos últimos porque son jerárquicamente superiores. La utilidad familiar constituye el objeto de tutela jurídica; se atiende prioritariamente a las necesidades de la familia más que a los requerimientos individuales de sus miembros”.

“Deber de actuar en interés de la familia”:

Este deber existe en nuestro ordenamiento jurídico. No es una mera creación doctrinaria, sino que surge de una serie de disposiciones dispersas en todos los ámbitos del derecho de familia, sea en las relaciones familiares en general (art. 152 bis y arts. 37 y 49 de la ley 14.394); en el ordenamiento matrimonial (arts. 211, 1.277 y 1.294); en el régimen de la patria potestad (art. 264 quater, in fine); e, incluso, está presente en el fundamento de la legítima hereditaria.

El derecho familiar, en general, RECHAZA EL ACTUAR CON UN PERFIL INDIVIDUALISTA EXIGIENDO PROCEDER CON UNA ORIENTACIÓN COMUNITARIA, ABANDONANDO LOS EGOISMOS EN ARAS DEL INTERES DEL CONJUNTO FAMILIAR”.

Requisitos del Matrimonio:

Art. 403: Impedimentos matrimoniales: En general se mantienen los mismos del C.C., eliminando el de sordomudez.

En la citada norma, se contemplan los impedimentos matrimoniales, no así los impedimentos convivenciales por tener éstos un régimen específico en el art. 510. No se incorpora el impedimento de pública honestidad.

La modificación se produce en que se establecen dos impedimentos dispensables, con procedimientos judiciales propios: “... f) **Tener menos de dieciocho años (18) años ...**

y el “g) **la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial ...”.**

- 1) El **art. 404** contempla el primer supuesto. **Falta de edad legal: Dispensa Judicial**, es decir, el casamiento durante la menor edad. Concordamos en su totalidad con la solución propuesta. En caso de que el menor de edad núbil quisiese contraer matrimonio deberá solicitar dispensa judicial. Para ello el proyecto fija que el juez debe mantener una **Entrevista Personal** con los futuros contrayentes y sus representantes legales, sugiriendo esta comisión que la misma revista el carácter de **OBLIGATORIA**.

- Se elimina el requisito de autorización paterna expresa para contraer matrimonio, siendo reemplazado por la intervención de los representantes legales en esa **entrevista personal** que debiera ser obligatoria, ante el Juez que otorgará la dispensa. **El magistrado deberá evaluar la opinión de los padres o representantes legales en dicha audiencia, circunstancia que para esta Comisión, parece altamente conveniente.**

- 2) El **art. 405. Falta de salud mental y dispensa judicial**. El art. 403 establece como impedimento dirimente, la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial. En el 405, fija que este impedimento es **DISPENSABLE JUDICIALMENTE**. A su respecto, nos interrogamos la pertinencia de que este impedimento sea dispensable. En primer lugar, observamos dos cuestiones:

a) Existe un tratamiento diferenciado- alterando así el paradigma de la “Igualdad”- para el menor de edad, y para el enfermo mental. En el caso de menores, para la procedencia de la dispensa se considera que: "La decisión judicial debe tener en **cuenta la edad y grado de madurez** alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado".

b) En el caso del incapaz, requiere para el otorgamiento de la dispensa judicial, previo dictamen de los equipos de salud, que éstos se expidan:

- 1) Sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial (igual que en el caso de los menores); y
- 2) De la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada.

Por lo tanto, se estaría otorgando un trato discriminatorio a los discapacitados intelectuales, por los argumentos dados.

Asimismo en cuanto a las personas que se encuentran legitimadas para ser escuchadas por el Juez, en uno y otro supuesto.

En el caso del menor, se escucharán a sus representantes legales (sus padres, por lo general) quienes deberán ser oídos. En el supuesto del incapaz, sus representantes **legales y cuidadores**. Con ello queremos expresar que existe mayor amplitud de legitimados en el supuesto del enfermo mental que en el del menor. El tratamiento diferente tiene su razón de ser, pues el Proyecto procura incorporar, de este modo, la noción de la “capacidad progresiva”: el menor no es mayor de edad de un día para otro, sino que va adquiriendo capacidad en forma gradual. Acordamos en el primer caso, pero no en el caso del enfermo mental.

- Además de las razones que a continuación daremos, podría suceder, por ejemplo, que el **guardador(un familiar de sangre)** buscara desentenderse de su responsabilidad como curador del insano, y prestase conformidad para que éste celebre matrimonio delegando esa función en el cónyuge, pues el Código Civil vigente fija **que el cónyuge del insano SERA EL CURADOR DEL MISMO**. Por lo que la autorización que el guardador del insano otorgue para que éste se case, podría ser una forma de desligarse de su deber frente a él. En especial por las consecuencias patrimoniales del matrimonio (sociedad conyugal) y filiatoria matrimonial.

- Nos interrogamos: ¿Puede una persona que no se encuentra en condiciones de cuidarse a sí mismo, atender las necesidades de otros?

Al respecto cabe consignar que mediante entrevista telefónica que mantuvo la Dra. Solavagione con el Dr. Ernesto Gagliano, ex Director de la Colonia para enfermos mentales "Dr. Emilio Vidal Abal", de la ciudad de Oliva, y actual Presidente de la Obra Social D.A.S.P.U., se requirió informe sobre las patologías que pudieran tener una base hereditaria. Manifestó que una cosa es heredar la enfermedad y otra es heredar la predisposición; que existen enfermedades como la "Esquizofrenia" en la que existe una presunción estadística que podría tener base hereditaria genética, según informes técnicos de la O.M.S., no así el Síndrome de Down. Sugiere que consultemos con el Hospital de Niños, en el Departamento de Enfermedades Genéticas.

Asimismo se consulta con el sr. Director de Servicios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Dr. Ricardo Rosemberg, quien pone a disposición expertos en esquizofrenia para analizar la temática, indicándonos al psiquiatra Dr. Muscellini.

- Respecto al inciso bajo análisis, si bien es cierto que el Proyecto estaría en consonancia con la ley de Salud Mental **Nº 26.657** (que derogó la ley 22.914), denominada: "Derecho a la Protección de la Salud Mental", de fecha 2 de diciembre de 2010, que incorporó **el art. 152 ter - de dudosa constitucionalidad-** al fijar que las inhabilitaciones judiciales o declaraciones de incapacidad NO PODRAN EXTENDERSE POR MAS DE TRES AÑOS, no es menos cierto que el Estado debe velar por el "Orden Público Sanitario" de un país, consistente en el control de la aptitud física de sus ciudadanos (los impedimentos eugenésicos, fueron derogados) por las consecuencias en las eventuales gestaciones. No obstante ello, adherimos a lo expresado por Méndez Costa⁵ respecto a la fundamentación de este impedimento: "La actual configuración del impedimento desplaza toda consideración de carácter eugenésico. Al ubicar el supuesto al margen de la inexistencia del acto por falta de discernimiento y de la nulidad por vicios de la voluntad, la ley pone de relieve su cualidad protectora del afectado y, finalmente, a través del régimen de legitimación activa que organiza en el artículo 220,2^a, su objetivo asimismo protector del que contrae matrimonio ignorando o errando sobre la situación del otro contrayente".

- Al respecto **Eppstein**⁶ ha expresado: "El art. 9 inc.7º enumera "**la locura**" entre los impedimentos matrimoniales, pero NO POR RAZONES EUGENÉSICAS sino porque los dementes tienen incapacidad absoluta (art. 54 inc. 3º C.C.), razón por la cual el matrimonio que contraigan adolece de nulidad relativa que puede ser demandada cuando el incapaz recobra la

⁵ **Méndez Costa, Maria Josefa. D'Antonio, Daniel Hugo:** "Derecho de Familia. Tomo I". Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, República Argentina, 1990, p. 114.

⁶ **Eppstein, Alberto B.:** "Las nulidades matrimoniales y las leyes eugenésicas". Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicidad. Córdoba. Argentina. 1962, pág. 78.

razón” (...) “mientras que si rigieran los principios de la eugenesia, el vínculo adolecería de nulidad absoluta-según lo señala Díaz de Guijarro- para quien la eugenesia es extraña al régimen de matrimonio civil, y la nulidad en el caso contemplado tiene por fundamento un vicio del consentimiento y no la protección de la salud”.

- Por su parte **Díaz de Guijarro**⁷ sostiene, en su magnífica obra: “Los impedimentos, pues, se subordinan o correlacionan con el concepto de matrimonio: Desaparecen, se renuevan o surgen, propulsados por motivos éticos”... “Sólo una enfermedad excluía el matrimonio: La locura. Pero no se fundaba en la enfermedad en sí misma, sino en la privación de discernimiento, lo cual ubicaba al problema en la zona de los vicios consensuales, tanto desde el punto de vista del demente- que no pudo consentir con validez-, como de quien con él se casó-si ignoraba la incapacidad. Razones éticas, por lo tanto.” Se dirá que a pesar de que exista el impedimento de enfermedad, las personas sin razón seguirán vinculándose afectivamente en uniones fácticas, Díaz de Guijarro contesta: “Fuera de que las estadísticas prueban, frecuentemente, que no hay aumento en la filiación extramatrimonial (ilegítima, según el autor), el argumento recogido es completamente falaz, porque si el impedimento de enfermedad no veda que se prohíjen enfermos fuera del matrimonio, tampoco los impedimentos de consanguinidad y afinidad evitan que se prohíjen niños nacidos de hermanos o consanguíneos (incestuosos)”.

- **Es claro que la razón de ser del impedimento es la necesidad que el individuo manifieste claramente su consentimiento.** Si no existiera esa libre expresión de voluntad, no podría afirmarse que haya habido matrimonio, siendo actos voluntarios aquellos que son ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897 del C.C vigente). Díaz de Guijarro afirma que “como el impedimento de locura y la correlativa nulidad se basa en la inhabilidad legal para prestar el consentimiento, el vicio existe haya o no declaración judicial de insania. En ambos casos, la situación es idéntica: el incapaz carece de discernimiento. En nada influye la preexistencia de una interdicción judicial, porque ésta sólo determina la posición jurídica del alienado y no tiene alcance en cuanto a la insuficiencia mental en sí misma”⁸.

- Belluscio⁹ por su parte sostiene sobre el tema: “No resulta posible independizar del todo el impedimento establecido en el artículo 166, inc. 8, de la teoría del consentimiento, pues en el caso no juega verdaderamente la incapacidad para casarse de quien carece de razón, sino la

⁷ **Díaz de Guijarro, Enrique:** “Matrimonio y Eugenesia. El impedimento matrimonial de enfermedad”. Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1944, pág. 6/9; 47.

⁸ **Díaz de Guijarro, Enrique:** “El impedimento de locura (art. 9º, inc. 7º de la Ley de Matrimonio Civil), J.A., J.A., 68-857.

⁹ **Belluscio, Augusto César:** “Manual de Derecho de Familia”, 5ª ed. act. Bs. As., 1991, T.1, pág. 169, nº 74.

ignorancia de la situación de hecho o el error sobre la capacidad mental del otro contrayente, que en el momento de la celebración del matrimonio sufre la parte no afectada por el impedimento”.

- Sambrizzi¹⁰ a su vez, declama: “En definitiva, es la imposibilidad por parte de la persona privada de razón para expresar el consentimiento para la celebración del matrimonio lo que lleva a establecer el impedimento legal, y en el supuesto de que, no obstante ello, lo mismo se hubiera celebrado, dicha circunstancia hace que deba declararse su nulidad, que es de carácter relativa. Aquí se presenta una situación que bien puede ser calificada de **curiosa**, derivada del hecho que de continuar los contrayentes la cohabitación, en las situaciones contempladas en la última parte del art. 220 inc. 2, **los mismos pierden el derecho de demandar la nulidad del matrimonio**, derecho que, no obstante, conservan las restantes personas que, de acuerdo a la segunda parte del inciso, podían demandarla; y ello por que la ley no deja sin efecto la acción de nulidad, si no que impide que los cónyuges la ejerzan”.

Las leyes deben contemplar la falta de discernimiento del futuro contrayente para la celebración del acto jurídico familiar bilateral por excelencia como es el matrimonio, por lo que entendemos, hasta profundizar el tema de la salud mental, **que NO es deseable que el impedimento sea dispensable**, ni aún judicialmente.

- **Art. 406:** No hay observaciones que efectuar sobre la eliminación del requisito de la diversidad de sexo como presupuesto para la existencia del matrimonio, pues entendemos que el debate sobre el matrimonio igualitario ya se ha dado, a pesar que no estuvimos de acuerdo en su instauración. Incluso propusimos en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán el año 2011, la inconstitucionalidad de la ley 26.618, habiendo sido receptada favorablemente dicha postura. Se observa aún ciertas inconsistencias entre el matrimonio homosexual y el heterosexual. Socialmente se advierte que aún existen resabios de oposición a este tipo de matrimonios. Si bien jurídicamente no lo abordamos aquí, remitimos en este punto a nuestra Ponencia presentada en dicho Congreso, en honor a la brevedad.

- **Art. 407. Incompetencia de la autoridad que celebra el acto.** En este artículo se recepta la postura del Dr. Belluscio, en orden a considerar que no hace a los requisitos de existencia del matrimonio, la incompetencia o falta de nombramiento **legítimo** de la autoridad para celebrarlo (presencia del Oficial Público), siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fé, y aquellos ejercieran sus **funciones públicamente**. Surgen algunos interrogantes: ¿A

¹⁰ **Sambrizzi, Eduardo A.:** “Impedimentos matrimoniales”. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As, 1994, pág. 197.

qué se considera nombramiento legítimo? ¿Concejal, intendente, Juez de Paz? **Falta precisión en el lenguaje.**

- **Art. 409. Vicios del consentimiento:** Aquí advertimos claramente graves contradicciones: “Son vicios del consentimiento:

- a) La violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente.
- b) El error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía”.

El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

El Estatuto sobre los Vicios del Consentimiento se ve afectado irrazonablemente por la Ley Nº 26.743 de los Derechos a la Identidad de Género de las Personas y por el Decreto 1007/2012 (2/7/2012), sobre la rectificación registral de sexo y cambio de nombre/s de pila e imagen.

Para abordar la temática se utilizaran algunas argumentaciones de la tesis doctoral de la Dra. Alicia García de Solavagione sobre cambio de sexo y soluciones registrales, la que se basó en el supuesto de personas operadas quirúrgicamente, esto es, ya reasignadas sexualmente, especificando que la base en que se asientan las instituciones del derecho familiar, están íntimamente vinculadas con la registración de las personas, de la que surgirán los Estados de Familia.

Habiéndose dictado una ley, como la 26.743 y el decreto 1007/2012, el panorama se ha complicado irrazonablemente pues una persona puede solicitar la rectificación del Acta de nacimiento, respecto al sexo, nombre de pila e imagen, **mediante una simple SOLICITUD**, en la que manifiesta encontrarse amparada por la presente ley. No se requiere en ningún caso acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico. El procedimiento a seguir está en el art. 6, con el agravante que se indica: “Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”. Se procede así, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a **EMITIR UNA NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO AJUSTANDOLA A DICHOS CAMBIOS.**

Obsérvese que en Europa se han dictado sentencias que precisan que la modificación del estado civil no tendrá carácter retroactivo, para no atentar contra actos y situaciones jurídicas anteriores. Vaya como ejemplo lo expresado por G. EISENRING en “Criterios Configuradores del Sistema Matrimonial Suizo”: “En Suiza los tribunales reconocen un cambio de sexo y permiten la correspondiente rectificación del Registro de Nacimientos, **con efectos “ex nunc”** (a futuro)¹¹.

Antes de que la ley entrara en vigencia, era necesario solicitar el cambio por vía judicial. Y una vez ordenada judicialmente la rectificación del acta de nacimiento del sujeto transexual, como lógica consecuencia, se producirán efectos civiles posteriores: matrimonio, adopción, posible inseminación artificial, etc.; procederes que, cierto sector doctrinal intenta desvincular de los aspectos biológicos o sexuales de los individuos bajo el argumento de interpretar pragmáticamente el concepto de familia. En uno de los votos particulares en el caso Botella c / Francia, se insiste en las consecuencias de la admisión de la demanda: otro aspecto de importancia considerable para los estados que como Francia, tienen una legislación sobre el estado civil muy precisa, la consecuencia de la rectificación es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo de origen que el suyo.

A nuestro entender, si bien es cierto que el individuo tiene derecho a desarrollar su personalidad, ese atributo está limitado por la propia realidad, pues la sociedad está en su derecho a proteger determinado modelo de matrimonio, que como todo acto jurídico lícito debe estar exento de tachas esenciales que ocasionen un daño importante, insusceptible de ser enmendado sino con la nulidad del acto.

Sucede que si contrae matrimonio luego de haberse ordenado, judicialmente o extrajudicialmente como ahora, la modificación del asiento registral, el co-contraente debe tomar conocimiento fehaciente de la preexistencia de esa rectificación, de lo contrario sería causal de nulidad del matrimonio por existir Error sobre las Cualidades Personales del novio/a, si se prueba que no habría habido consentimiento de haberse conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión contraída: es el llamado *error qualitatis*. Uniones celebradas creyendo soltero a quien era viudo o

¹¹ **Elósegui Itxaso, María:** obra citada, pág. 16. Véase G. Eisenring, “Criterios Configuradores del Sistema Matrimonial Suizo”. Actas del V Congreso de Derecho Eclesiástico del Estado, 1990, 6: “La ley considera como matrimonio *non existens* el caso de dos personas del mismo sexo que atentan a contraer matrimonio. Así también una persona casada, cuyo sexo ha sido alterado posteriormente, puede pedir la enmienda del Registro Civil, solo después del reconocimiento de la invalidez o divorcio de su matrimonio”. C. Hegnaner, *Grundriss des Eherechts*. 2^o edición, Berna, 1987, 63. A. Hausheer & R. Reusser & Th. Geisser, *Kommentatur zum Eherecht*. Bd., I Bern, 1988, 29.

divorciado, anomalías o desviaciones sexuales de importancia, el ocultamiento de la esterilidad, ejercicio de la prostitución, estado de gravidez causado por un tercero, son algunos de los casos previstos por leyes extranjeras y que afectarían según la doctrina, la validez misma del matrimonio. Vicios del consentimiento que no pueden ser tutelados judicialmente por constituir actos u omisiones dolosas, en los términos del art. 933 del Código Civil.

Si no hubiera error y no se solicita la nulidad, el matrimonio quedaría consolidado. Al respecto es muy ilustrativo el criterio del maestro, Dr. Cafferata en su obra: “Nulidad Matrimonial y Constitución Nacional”.

Sostenemos conforme a nuestro trabajo doctoral, que al sujeto que cambió de sexo, **bajo ciertos resguardos, le asiste el “*ius connubi*”** es decir, **no** consideramos que sea un sujeto incasable. Sin embargo estimamos que el operador del Derecho deberá extremar los recaudos legales y registrales (o administrativos) para asegurar el derecho del transexual a ser reconocido en su documentación con el sexo psíquico y el rol de género con el que se identifica, pero a la vez verificar la inexistencia de hechos u ocultamientos graves tendientes a engañar al connubio. Esa protección se debe dar en esta instancia y dada la actual coyuntura social, falta de evolución científica y tecnológica y absoluto desconocimiento del fenómeno transexual, a través de las medidas registrales que adopte el juzgador para rectificar el Acta de Nacimiento del individuo”¹².

Con la Ley de Identidad de Género ha quedado definitivamente soslayada la referencia al dato registral referido al “sexo”, pues no se considera necesario. Pero ello no soluciona el problema del consentimiento que se brinda para contraer matrimonio válido.

No obstante, vale recordar:

1º) –Que las constancias obrantes en las partidas del Registro Civil, constituyen la prueba del estado civil de las personas, que solo pueden ser suplidas por otras en caso de que no hayan existido o hubiesen desaparecido los libros del Registro. Dado su trascendencia como prueba preconstituida del Estado Civil, y sin perjuicio de que su exactitud pueda ser impugnada judicialmente para obtener su rectificación, la ley impone el deber de inscribir los HECHOS del Estado Civil. Toda inscripción registral de reasignación sexual, **DEBERIA** ser resuelta y ordenada a través de un procedimiento legal, con lo cual sostenemos que la ley de Identidad de género es de dudosa constitucionalidad.

¹² **García de Solavagione, Alicia:** “*Transexualismo. Análisis Jurídico y Soluciones Registrales*”. Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 225.

2º) – Si bien el Registro Civil tiene gran interés para el individuo al preconstituir la prueba de su estado civil como señalamos en el punto anterior, tiene evidente trascendencia para todos los que se vinculan afectivamente con otra persona a fin de comprobar datos como la edad y el sexo que pueden interesarle en particular. Y al Estado le interesa obtener datos ciertos de todos los ciudadanos. Esta evidente trascendencia social no puede cumplir su propia función más que por medio **de la publicidad de los asientos registrales**.

3º) – Por lo tanto, si se tiene en cuenta el contenido posible de los asientos registrales, que pueden referirse a las más variadas circunstancias de cada individuo en relación con toda su vida, se advertirá una inmediata contradicción entre la publicidad registral y la intimidad de la persona: así en torno al Acta de Nacimiento puede resultar el carácter de la filiación (matrimonial, extramatrimonial, adoptiva o desconocida), situación que surge asimismo respecto de las Actas de Matrimonio (nulidad, divorcio vincular o separación personal y las causales, etc.). Argumentos que, armonizados con lo reseñado en el conjunto de este trabajo, nos llevan a considerar correcta la rectificación registral: el sexo integra el estado civil de las personas y como derecho inherente a la personalidad, sería atentatorio contra este principio mantener una inscripción registral que ya no refleja la actual realidad. **No obstante ello consideramos apropiado la fijación de una anotación marginal que consigne el cambio de sexo, a fin de que aquellas personas que tengan un interés legítimo puedan conocer previamente esta circunstancia, por lo menos.**

4º) – IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL CONNUBIO. El viejo art. **172** del Código Civil disponía: “Es indispensable para la existencia del matrimonio, **el pleno y libre consentimiento** expresado personalmente... ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de algunos de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe”. El consentimiento matrimonial es la expresión válida de la voluntad recíproca de los contrayentes, no existiendo sin la libre manifestación de esa decisión. Observamos que la norma dispone que el consentimiento de los contrayentes, tiene que **ser “pleno y libre”**. Ello en cuanto implica tener todos los elementos del acto voluntario fijados en el art. 897 del mismo plexo legal, no pudiendo estar sometido a plazo, término, condición o modalidad alguna; y “libre” pues como lo estipula el Art. 175: “Vician el consentimiento, la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que quien lo sufrió, no hubiera consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El Juez valorará la esencialidad del error, considerando las condiciones

personales y circunstancias de quien lo alega”. En nuestro estudio sería por ejemplo la imposibilidad de procreación, esto es: la infertilidad que padece el transexuado.

La teoría de la especialidad de las nulidades matrimoniales con independencia del que organiza el Código Civil a pesar de la sanción de la Ley 23.515, se mantiene en la actualidad pues responde más ajustadamente al concepto, fuente y valoración del matrimonio y a la correlativa singularísima trascendencia de su ineficacia (opinión de Josefa Méndez Costa y Daniel Hugo D’Antonio) **por lo tanto se debieran integrar estas nociones sobre la validez del acto matrimonial, como condición previa al dictado de una ley como la 26.743.**

El error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, colisiona con la ley **26.743** de Identidad de Género, en sus arts. 4, 6, 7 y 9, pues, reiteramos, “Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedida en virtud de la misma”.

De la citada normativa, también de dudosa constitucionalidad, surge que sin necesidad de ninguna cirugía de reasignación sexual, ni tratamientos hormonales anti-virilizantes o feminizantes, ni transformaciones parciales del cuerpo, la persona adquiere un nuevo nombre, consignándose el sexo con el que se siente psicológicamente identificado (la denominada "Identidad de género"), no coincidiendo su aspecto exterior con su sexo morfológico.

Solo completando una solicitud requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento, se obtiene la modificación del asiento del nacimiento, lo que origina, a nuestro entender **carencia de certeza jurídica**. Así las cosas, la ley le otorga una nueva identidad legal, y según el art. 9º: “Confidencialidad: sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con AUTORIZACION DEL TITULAR DE LA MISMA O CON ORDEN JUDICIAL POR ESCRITO Y FUNDADA”, con lo cual el matrimonio podría ser anulable por esta razón.

El Estado de esta manera convalidará matrimonios nulos, por someter el consentimiento de uno de los contrayentes a errores que lo hacen vicioso en ese sentido. Este tema se encuentra agravado, pues nuestro país debiera tener un sistema de Registración de excelencia, para dar certeza jurídica en las relaciones familiares. **El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas,** decisivo en el Derecho de Familia al crear los "Estados de Familia", **no cuenta con infraestructura para absorber los cambios propuestos.** Su función es decisiva pues será quien deba emitir UNA NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO SIN ALUDIR AL CAMBIO DE SEXO PRODUCIDO.

Conclusión:

O se deroga la ley de Identidad de género N° 26.743 o se reformula el estatuto de los vicios del consentimiento. Son incompatibles ambos postulados. El Estado no puede prohijar matrimonios nulos ab initio, sin dejar de reconocer que la ley es audaz y, elaborada correctamente por sus autores, hubiera solucionado el tema de los transexuales. Tal como se redactó, complicará aún más el complejo panorama de las personas transexualizadas.

Es en este orden de ideas que se entiende el porqué del art. 408 cuando reza en el encabezamiento: “El consentimiento matrimonial puro y simple”. Se efectúa para lograr escapar del Estatuto de los Vicios en la expresión de Voluntad Matrimonial!! Por lo tanto, sustentar el artículo 409 es contradictorio con la ley 26.743.

Se agrava la situación, existiendo la posibilidad de que la persona que haya cambiado de sexo, sea casada con anterioridad a la rectificación de los datos de su nacimiento, y otra hipótesis es que la misma le oculte a su pareja su ANTERIOR estado registral, el que debe coincidir con el necesario ariete biológico.

Es desde esta perspectiva que **Graciela Medina**¹³, recientemente ha dicho: ***“El cambio de sexo en los documentos de identidad y en las partidas, no produce ningún efecto sobre el matrimonio, en cambio en la legislación italiana, la rectificación de atribución de sexo, provoca la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa, en definitiva la resolución judicial de concesión se configura como una nueva hipótesis de disolución matrimonial.***

Por su parte, en la legislación alemana, uno de los requisitos para la tramitación de la solicitud, es no estar casado. La ley prevé que si la cirugía de reasignación sexual se hubiera realizado con anterioridad a su entrada en vigencia, la entrada en vigor de la ley produce la disolución del matrimonio.

En nuestro derecho, la adecuación del sexo o del nombre de pila no cambia el estado de casado de la persona, pero consideramos que puede ser una causal de divorcio o de nulidad de matrimonio”.

Magistralmente expresa la jurista mencionada: **“La nulidad del matrimonio se producirá si se dan los supuestos del error, y el divorcio a nuestro juicio, puede ser solicitado, por la causal de injurias graves. Reconocemos que esta posición es criticada en doctrina, porque el ejercicio de un derecho fundamental, no puede ser causal de injurias,**

¹³ **Medina, Graciela:** “Comentario exegético a la Ley de Identidad de Género”. Suplemento Especial La Ley. Identidad de Género. Muerte Digna. Mayo 2012. págs. 54 y 55.

pero no encontramos otra solución para la persona heterosexual u homosexual que se caso con alguien teniendo en cuenta su sexo y éste haciendo uso de la autonomía de la voluntad, lo cambió. Evidentemente, no se le puede negar al cónyuge del transgénero el derecho de pedir el divorcio por el cambio de las circunstancias. Adviértase que en materia de injurias, no hace falta la intención de injuriar, para que se constituya la actitud como causal de divorcio. Así por ejemplo, la infidelidad constituye injuria aún cuando el engaño no hubiera sido realizado con intención de injuriar. En el mismo sentido pensamos, que el cambio de sexo y nombre en la partida de nacimiento, constituye una causal de divorcio. De lo contrario, quedaría librado al arbitrio del transgénero el querer divorciarse o no de su cónyuge, con las consecuencias patrimoniales que esto acarrea en un régimen de comunidad legal y forzosa como el que existe en la actualidad en la Argentina”.

Jorge A. Frías¹⁴, en su obra “El error en las cualidades de la persona causa nulidad matrimonial”, citando a Roguin, efectúa estas atinadas reflexiones: “Por lo mismo que el matrimonio es un acto importante, es necesario anular aquellos que son resultado de una superchería escandalosa. **Nada más tonto, en verdad, que deducir del rol capital del matrimonio la necesidad de mantener una unión profundamente viciada**”.

- **Art. 416:** Se eliminan las diligencias previas para la celebración del matrimonio como los certificados prenupciales (art. 187 inc. 4 del actual C.C.) a pesar que la ley 12.331 está vigente. Elimina el requisito de los 2 testigos de conocimiento (art. 187, inc. 3°).

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 20:30 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose al temario tratado; con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros asistentes para el próximo encuentro a realizarse el día lunes 25 de junio a la misma hora.

¹⁴ **Frías, Jorge A:** “*El error en las cualidades de la persona causa de nulidad matrimonial*”. Imprenta de la Universidad. Córdoba. República Argentina.1939, pág. 79.

ACTA DE LA TERCERA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los veinticinco (25) días del mes de junio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática del **Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - Comisión de Familia**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba las aquí presentes: Dra. Alicia García de Solavagione, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal y Ab. Esp. Nélide Mariana Wallace. Abierto el acto, se procede a tratar a continuación el:

CAPITULO IV: “CELEBRACION DEL MATRIMONIO” DEL TITULO I **“MATRIMONIO” DEL LIBRO SEGUNDO “RELACIONES DE FAMILIA”. EN LA** **SECCION 1ª “MODALIDAD ORDINARIA DE CELEBRACION”**

El **Artículo 420. Acta de matrimonio y copia**, proyecta: *“La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener:*

- a) fecha del acto;*
- b) nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, **estado civil**, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes;*
- c) nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión, y domicilio de sus respectivos padres, si son conocidos;*
- d) lugar de celebración;*
- e) dispensa del juez cuando corresponda;*
- f) mención de si hubo oposición y de su rechazo;*
- g) declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y del oficial público de que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley;*
- h) nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, **estado de familia**, profesión y domicilio de los testigos del acto;*
- i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgo;*
- j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes.*
- k) documentación en la cual consta el consentimiento del contrayente ausente, si el matrimonio es celebrado a distancia;*

El acta debe ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en el acto, o por otros a su ruego, si no pueden o no saben hacerlo.

El oficial publico debe entregar a los cónyuges, de modo gratuito, copia del acta de matrimonio y de la libreta de familia expedida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Respecto a las diligencias previas del inc. b) sugerimos unificar conceptos referidos a “estado de familia” como reza el inc. h) y no “estado civil”. En el inc. e) refiere a la dispensa judicial prevista en los arts. 406 y 407 (Proyecto del 98). Respecto al inc. g) debería decir “cónyuges”, toda vez que así lo estipula la ley 26.618 que ya implementa el término “cónyuges”. En relación al inc. j) incorpora la “opción” al régimen de separación de bienes el que sí **deberá ser registrado**. Insistimos en la necesidad de optimizar los recursos necesarios para optimizar la registración del régimen de bienes elegido tendiente a asegurar la debida publicidad para terceros acreedores.

Sección 2ª. Modalidad extraordinaria de celebración.

Artículo 421. Matrimonio en artículo de muerte. *“El oficial público puede celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades previstas en la sección anterior, cuando se justifica que alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte, con el certificado de un medico y, donde no lo hay, con la declaración de dos **personas**.*

*En caso de no poder hallarse al oficial publico encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio **en artículo de muerte** puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, quien debe levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el articulo 420 con excepción del inciso f) y remitirla al oficial publico para que la protocolice”.*

Consideramos que debería conservarse las locuciones expresadas en el proyecto del '98, por ejemplo: “debe” por “puede”, “testigos” por “personas” y “peligro de muerte” por “en artículo de muerte”.

A pesar de que el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 431 prevé el supuesto de matrimonio por poder, aquí se mantiene la línea legislativa de la ley 23.515, no contemplándolo.

Artículo 422. Matrimonio a distancia. *“El matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado”.*

Este artículo remite al art. 2623, concordando éstas normas de derecho internacional privado, entendemos que sería conveniente la utilización del giro idiomático que la voluntad matrimonial caduca los 90 días de su otorgamiento, plazo en el cual debe acreditarse la celebración. Pareciera que la norma ha confundido la caducidad del consentimiento que es un acto volitivo personal con las diligencias administrativas para celebrarlo (PROPUESTA SUPERADORA).

Capítulo 6: Nulidad del matrimonio

Artículo 425. Nulidad relativa. Legitimados. *“Es de nulidad relativa:*

a) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del artículo 403; la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad.

Si se rechaza, el matrimonio tiene los mismos efectos que si se hubiera celebrado con la correspondiente dispensa. La petición de nulidad es inadmisibile después de que el cónyuge o los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal.

b) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso g) del artículo 403. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento; La nulidad no puede ser solicitada si el cónyuge que padece el impedimento ha continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud; y en el caso del cónyuge sano, luego de haber conocido el impedimento.

El plazo para interponer la demanda es de UN (1) año, que se computa, para el que sufre el impedimento, desde que recupero la salud mental, y para el cónyuge sano desde que conoció el impedimento.

La nulidad también puede ser demandada por los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El plazo para interponer la demanda es de TRES (3) MESES desde la celebración del matrimonio.

*En este caso, 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 **cual es su deseo al respecto.***

***c) el matrimonio celebrado con alguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 409.** La nulidad solo puede ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia. La nulidad no puede ser solicitada si se ha continuado la cohabitación*

por mas de TREINTA (30) días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. El plazo para interponer la demanda es de UN (1) ano desde que cesa la cohabitación.”

Su texto es similar al art. 220, pero se diferencia en que el Juez puede rechazar la nulidad **por una suerte de dispensa retroactiva.**

Adecuaciones originadas en la ley de matrimonio Igualitario

Con esta finalidad, se ha eliminado el embarazo de la mujer como causal de caducidad y que no prevé las técnicas de procreación humana asistida en ésta acción de nulidad.

Asimismo, **desaparece la figura de la Consolidación** del matrimonio anulable, generada en el **embarazo** de la mujer, privilegiando el desarrollo personal de los menores.

El proyecto no contempla la continuación de la Cohabitación, a los fines de la **Confirmación del matrimonio** celebrado por un menor de edad, por haber adquirido la mayoría de edad.

DESEO:

No parece apropiado utilizar una palabra ajena al derecho, como es el “deseo”, como lo hace el artículo 425, cuando precisamente lo que se trata de verificar es la existencia actual de la intención de permanecer casado, considerando que esa manifestación de la voluntad para la celebración del matrimonio debe ser exteriorizada. La fuente de mayor jerarquía de la relación jurídica, es la voluntad. El problema de la voluntad no es únicamente psicológico, aún cuando encuentre en la psicología su explicación. Es un problema jurídico, pues se trata de establecer entre la voluntad efectiva, real, o la que se manifiesta en la declaración, cuál debe ser considerada por el derecho. Conviene expresar que no es posible concebir aislado, como una abstracción, al elemento interno o al elemento externo. Son aspectos de un fenómeno único y elementos de una sola síntesis. Como el derecho existe en relación a otro, no puede prescindirse del aspecto externo, pero éste no vale por sí; sólo se aprecia en cuanto revela un querer interno.

“La voluntad que el derecho quiere y debe garantizar -dice Miceli- es la voluntad completa, la voluntad activa, aquella en la cual el elemento interno aparece por obra de su

expresión externa y en que ésta se explica y valora por el elemento interno”, en suma, es la voluntad completa la que constituye el principio dinámico de la relación jurídica”¹⁵.

En conclusión, es deseable precisar el alcance de la locución “deseo”: si se refiere a la voluntad interna; a un acto volitivo sustancial; a un acto volitivo insustancial con efectos jurídicos; meros caprichos, etc; con el fin de dar certeza jurídica a las relaciones familiares. Pues como expresó **Jaqueline Costa-Lascoux**¹⁶ con claridad meridiana; **“Deseo no equivale a Derecho”**.

En el caso de Nulidad del matrimonio por “impotencia”, previsto en el art. 505 inc. c)¹⁷ del Proyecto de 1998, **no se lo ha incluido** en este proyecto. Esto es así en razón de haberse sancionado la ley 26.618, de matrimonio igualitario.

Al respecto ha sostenido Ferrer¹⁸: “Nulidad del Matrimonio: Todas las causales pueden perfectamente funcionar en ambas clases de matrimonio, tanto el heterosexual como homosexual. Incluso respecto de la causal de impotencia de uno o ambos contrayentes, pues uno de los fines del matrimonio es el bien de los cónyuges, y este bien consiste, entre otras cosas, en la satisfacción del amor conyugal, por lo cual, si no se logra, el matrimonio quedaría privado de uno de sus fines esenciales. **La impotencia a que se refiere la ley es la que determina la imposibilidad absoluta de realizar el acto sexual con el cónyuge** (*impotencia coeundi*; Borda, Zannoni, Belluscio, Sambrizzi, Vidal Taquín, Azpiri, Fleitas Ortiz de Rosas, Roveda) y si la expresión que utiliza la ley “relaciones sexuales” (art. 220, inc.3), se entiende en sentido amplio, no solamente como “cópula” de un hombre y una mujer, quedan ineludiblemente comprendidos los matrimonios de personas del mismo sexo. Cabe destacar que la impotencia no constituye un impedimento para celebrar el matrimonio”.

¹⁵ **Frías, Jorge A.:** “*El error en las cualidades de la persona causa de nulidad matrimonial*”. Imprenta de la Universidad. Córdoba (R.A.) 1939, p. 99.

¹⁶ **Costa - Lascoux, Jacqueline:** “*Mujer, procreación y bioética*” en *Historia de las mujeres. El siglo XX, la nueva mujer*. Ed. Taurus, España, t. 10, pág. 205.

¹⁷ **Art. 505 (Proyecto de Código Civil de 1998) Nulidad relativa.** Adolece de nulidad relativa el matrimonio: ...**inc. c)** “En caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, anterior al matrimonio, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos y mientras esta situación persista. La acción corresponde a cualquiera de los dos.

La nulidad no puede ser demandada:

- I. si el cónyuge demandante ha promovido anteriormente acción de separación judicial o de divorcio;
- II. si los cónyuges han promovido acción de adopción alegando encontrarse imposibilitados para procrear;
- III. si la cónyuge ha sido sometida a una técnica de reproducción humana asistida con consentimiento expreso de ambos cónyuges”.

¹⁸ **Ferrer, Francisco A.M.:** “*Nueva concepción del matrimonio civil*” en la obra: “*Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*”. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 2010, pág. 70 y 71.

Asimismo, coincidimos con la redacción del inciso c) del proyecto, el cual concuerda con la Ley de Identidad de Género, pero manteniendo las observaciones efectuadas en la reunión anterior sobre dicho plexo normativo y su constitucionalidad.

Finalmente, agotado el cometido del presente acto, siendo las 20:30 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado; con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente, invitando a los miembros asistentes para el próximo encuentro a realizarse el día lunes 02 de julio a la misma hora.

ACTA DE LA CUARTA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los dos (02) días del mes de julio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática del **Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - Comisión de Familia**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dra. Alicia García de Solavagione, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal y Ab. Esp. Nélide Mariana Wallace, incorporándose el Sr. Académico de número, Prof. Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato. Abierto el acto, se procede a tratar el:

CAPITULO VII DEL TITULO I “MATRIMONIO” DEL LIBRO SEGUNDO **“RELACIONES DE FAMILIA”: MATRIMONIO.**

Informe escrito elaborado por la Dra. Alicia García de Solavagione

En el capítulo 7 del Proyecto, bajo el Título: “Derechos y Deberes de los Cónyuges”, se tratan las relaciones personales derivadas del matrimonio.

El **art. 431** proyectado expresa: *“Asistencia. 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”*.

INTRODUCCION

En la actualidad existen sistemas jurídicos de familia según los modos culturales vigentes. La familia monogámica, la poligámica y los grupales o colectivas (propia de los pueblos originarios).

La familia monogámica rige en los países occidentales. La monogamia exige que la unión sea de un solo hombre con una sola mujer, o de dos varones o dos mujeres, según la ley 26.618 de matrimonio igualitario.

Ello implica, siguiendo las enseñanzas de Fanzolato -a quien remitiremos en varias oportunidades en este tema- que un mismo individuo no puede tener simultáneamente uniones matrimoniales o fácticas juridizadas con distintas personas. La familia monogámica es una de las

características relevantes del mundo occidental receptada en todas las legislaciones de los países de raíz romano germánica; en los países de la *Common Law*; en los países eslavos; en China y en la mayoría de las naciones asiáticas y africanas que sufrieron la influencia de la cultura cristiana occidental (Japón, Corea del Sur, India, Sudáfrica, Angola, etc.) con excepción de los mormones.

Por lo tanto, si bien es cierto que ha sufrido duros embates la familia matrimonial, jamás se ha dejado de lado el sistema cultural occidental basado en el matrimonio MONOGÁMICO o de exclusividad sexual. Dos sujetos casados no pueden poseer concomitantemente diferentes estados de familia, jurídicos o fácticos.

Definido el Matrimonio en el derecho vigente como “Una institución jurídica que, basada en el consentimiento mutuo, se constituye por la unión formal, aconfesional o civil, exclusiva, exogámica, igualitaria, estable y plena de un hombre y una mujer que, emplaza a los contrayentes en el estado de familia de cónyuges o esposos, del que se derivan importantes derechos y deberes, regidos por el estatuto legal que el Estado impone¹⁹.”

De los caracteres generales de la unión expuestos, precisamente SURGEN esos importantes derechos y deberes que indica la definición de matrimonio, adelantándonos a decir que dada su Naturaleza Jurídica INSTITUCIONAL Y NO CONTRACTUAL, dentro del estatuto matrimonial todo está regulado, incluso la forma de su celebración, sin que se pueda modificar, no rige la autonomía de la voluntad, debiendo las partes someterse a las condiciones que la propia ley establece, resultando impensable que algunos de sus obligaciones puedan ser cumplidas o compensadas por un tercero, como es el caso del débito conyugal²⁰.

Ferrer²¹ cuando expone las características del matrimonio manifiesta: “Heterosexualidad y monogamia: uno de ellos ha sido suprimido por la innovación de la ley 26618. En cuanto a la monogamia, habrá que entender que ya no se refiere solamente a la unión de un solo hombre con una sola mujer, sino también a la unión de dos hombres o de dos mujeres **CON EXCLUSIVIDAD. Se mantiene, entonces, el carácter monogámico en el sentido expuesto, es decir, de la unión de dos personas, solamente.** Hasta ahora no se ha puesto en causa la monogamia. El contexto ético- jurídico vigente en las sociedades occidentales **EXCLUYE LA POLIGAMIA.** El impedimento de ligamen (arts. 160 y 166, inc. 6º, C.C.) protege al matrimonio monogámico”.

¹⁹ **García de Solavagione Alicia C.:** “Ciclo de Conferencia de Derecho Privado” Agrupación Trejo- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UNC. Octubre 2008.

²⁰ **García de Solavagione Alicia C.:** ídem anterior.

²¹ **Ferrer, Francisco A.M.:** “*Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618*”. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina. 2010, pág. 67.

Es impensable para el orden jurídico familiar, intentar eliminar los deberes matrimoniales enderezados a preservar el estilo cultural monogámico argentino

Para el análisis del tema, dividiremos en varias partes el capítulo.

Primero: El Título.

Pareciera que el proyecto mantiene la naturaleza jurídica de los **derechos - deberes** derivados de las Relaciones Familiares. En efecto, en el Derecho de Familia la mayoría de los derechos otorgados tienen su correlato en el respectivo deber, por ello se dice que son **“derechos instrumentales”, no son derechos puros.** El ordenamiento jurídico familiar los reconoce para facilitar, permitir y garantizar el satisfactorio cumplimiento de su deber determinante. Se conceden para el cumplimiento de un determinado fin, son los derechos subjetivos dados en interés ajeno al titular o derechos-deberes.

El sujeto del derecho tiene junto a sí al titular de un derecho subjetivo idéntico al suyo, de manera que al derecho de uno de los esposos se yuxtapone el deber correspondiente al derecho subjetivo paralelo del otro consorte, por eso cada esposo es sujeto simultáneamente de un derecho y un deber respecto de aquél. No se trata de un derecho que sea al mismo tiempo deber, sino de una yuxtaposición que torna inseparable el derecho y el deber sin que se confundan, pues ambos conservan su propia naturaleza y lógica autonomía.

En este orden de ideas, expresa Fanzolato: “Se trata de relaciones jurídicas familiares de naturaleza... compleja porque el sujeto titular, junto con el derecho, simultánea y consustancialmente asume un deber correspondiente en cuya observancia está interesado el ORDEN PUBLICO FAMILIAR”.

Fanzolato²² explica también cuál es la génesis de los derechos subjetivos familiares, es decir como nacen... “Pero son los hechos jurídicos (engendrar, concebir, nacer, morir) y ciertos actos de emplazamiento (matrimonio, sentencia de adopción) los que generan los derechos subjetivos familiares porque, como dice Orgaz sin el hecho jurídico “no puede pensarse la vida jurídica, puesto que el hecho es el antecedente necesario de todo derecho y de toda modificación de los derechos”.

Estos derechos-deberes tienen un contenido obligacional *intuitu personae*, no admiten su cumplimiento a través de un representación propia (que involucra una verdadera sustitución de la voluntad del sujeto por la de otra persona). Por lo que: **“No se podría observar la fidelidad o el**

²² Fanzolato, Eduardo Ignacio: “Derecho de Familia”. Tomo I. Ed. Advocatus, 2007, Córdoba, Argentina, págs. 121 y ss.

débito sexual, a través de representantes con libertad de actuación”²³. Como conclusión, analizando sólo el título, pareciera que el proyecto mantiene el concepto de matrimonio como institución, acto jurídico familiar bilateral por excelencia.

El art. 431 proyectado.

El vaciamiento de los deberes matrimoniales legales. Su improcedencia o de cómo se ha abierto la puerta, al juego de la autonomía de la voluntad, que es típico del terreno contractual en esta norma.

1º) La norma expresa que los esposos “se comprometen”. Según la Real Academia Española, “compromiso” es: La obligación contraída, la palabra dada, convenio entre litigantes, escritura o instrumento en que las partes otorgan este convenio por el cual someten su litigio a árbitros o amigables componedores.

En principio, debemos decir que la norma mantiene la relación matrimonial dentro de la esfera de lo privado, es decir sólo involucra intereses personales de los contrayentes. Sustrae peligrosamente el matrimonio de la esfera de protección estatal. Desaparece ya el concepto de que es una institución de Orden Público, reduciéndola a un pacto u convenio entre particulares. Incoherencia: De esta manera la institución conyugal pasa a tener naturaleza contractual, diferente a lo que adelanta el Título del Capítulo 7, es decir: derechos-deberes recíprocos. Ese compromiso personal que expresa el art. 431 puede ser bilateral o unilateral, de tal manera que somete los deberes matrimoniales (los que son de Orden Público como el de asistencia, fidelidad, cohabitación, alimentos) a la decisión de uno de los contrayentes, cuando el principio patrimonialista de la “autonomía de la voluntad” es inaplicable en el Derecho de Familia.

2) Continúa el artículo bajo análisis: “Se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común”. ¿A qué se refiere con “proyecto de vida en común”? El lenguaje es de tanta imprecisión que puede ser aplicable desde un emprendimiento económico conjunto (obsérvese que se crea en el Proyecto, el régimen de separación de patrimonios, con lo cual podríamos estar frente a un régimen de gananciales tácito), hasta la creación de personas por las técnicas de reproducción humana asistida, con impredecibles consecuencias.

Ahora bien, nos preguntamos: si ese “Proyecto de vida **ES EN COMUN**”, ¿cómo se puede cumplir SI NO SE HA CONTEMPLADO EL PERTINENTE DEBER DE COHABITACION? Interpretamos, quizás, que más que conceptos jurídicos se han utilizado

²³ Fanzolato, Eduardo Ignacio: ob. cit., pág. 114.

nociones de otras disciplinas, por lo que debe imprescindiblemente aclararse el alcance del artículo, pues su redacción se contrapone con los principios generales que informan el Derecho de Familia.

Crítica:

Méndez Costa²⁴ nos ilustra al expresar: “En cuanto derechos, los que invisten los cónyuges son derechos subjetivos familiares, poderes reconocidos a la persona para la satisfacción de los intereses como miembro de la familia, protegidos por la ley en su condición de factores relevantes en la gestión común. Son medios para el logro del fin personal, para realizarse personalmente mediante el matrimonio y la paternidad-maternidad. **EN CUANTO DEBERES SON ASIMILABLES A LAS OBLIGACIONES CIVILES.** Enseña Mazzinghi que “el régimen general de las obligaciones es aplicable a los deberes familiares, con las excepciones que provienen de las características específicas de esta última”.

El fundamento del matrimonio es evidentemente ético. Señala Busso que “El matrimonio, no es sólo un vínculo jurídico, sino y principalmente, un vínculo moral-espiritual, basado en afectos y sentimientos que implican deberes éticos... sobre ese fondo moral, y al efecto de dar a la institución todo su desarrollo, **se superpone el elemento jurídico,** pues como el matrimonio constituye la base de la sociedad, la ley positiva sanciona esos deberes morales **erigiéndolos en obligaciones de derecho** que los cónyuges tienen entre sí ...” (citado por Méndez Costa en la obra mencionada).

Nuestra opinión: El proyecto claramente busca sustraer a los contrayentes de obligaciones legales y de sanciones civiles en caso de distractos conyugales (divorcios), evadiendo precisamente lo que pretende seudo fomentar: el “proyecto de vida en común”. De aprobarse, será fuente de inconstitucionalidades.

Con ello afecta el Orden Público, pues como sostiene la autora santafesina: “Las normas sobre derechos y deberes de los cónyuges son de ORDEN PUBLICO, AJENAS A LA VOLUNTAD DE LOS ESPOSOS dada esta trascendencia del matrimonio para la sociedad, pero la fuente inmediata en que nacen es la voluntad de los contrayentes expresada en su consentimiento matrimonial”.

²⁴ Méndez Costa, María Josefa: “Derecho de Familia. Tomo II”. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, 1990. Pág.18.

Seguimos analizando la norma:

3º) “basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad”.

En principio, **no entendemos** el uso de la locución **“cooperar”**. El mismo se confunde (¿deliberadamente?) con el expreso y único deber que mantiene el Proyecto: el de Asistencia. Dice el art.: “deben prestarse asistencia recíproca” El deber de asistencia ha sido profundamente analizado por la jurisprudencia y doctrina, por lo tanto el proyecto SUPERPONE dos obligaciones análogas. En el caso cooperar y asistir: tienen el mismo sentido, **son sinónimos**. Se agrava la teleología de la norma pues la palabra “cooperación” no es usual en el lenguaje del Derecho de Familia. Pareciera que uno de los consortes efectuara una “CONCESION VOLUNTARIA” hacia el otro, como si dijese: ..“*Coopero, si me place*”; “*Asisto, sólo si me cuadra hacerlo*”. Se consolida el más férreo voluntarismo individualista que haya existido en ninguna legislación. **Nada más ajeno al derecho de familia, al matrimonio argentino y al sentir popular, al que se dicen defender.**

El matrimonio actual se estructura en base a un deber de asumir las “Cargas” y “Contribuciones” familiares, basadas en el principio de **SOLIDARIDAD FAMILIAR**, el Proyecto olvida esta noción fundacional del matrimonio, y de las relaciones jurídicas familiares.

“El concepto de “carga de familia” comienza a utilizarse”, señala Fanzolato en la obra citada, pág. 54, “en el derecho social y en derecho tributario, en materia impositiva, pero, sin dudas, existe en el derecho civil en donde lo generalizado es hablar de cargas del matrimonio o de la sociedad conyugal”. Es en esta línea de pensamiento que el jurista cordobés establece que éstos (las cargas familiares) son los elementos comunes a **todo modelo de familia**: el recíproco deber de sus integrantes de contribuir al sostenimiento del grupo en el que conviven.

Llega a expresar que: “la familia es un **GRUPO SOLIDARIO** en los aspectos materiales y morales, formado por quienes **JURIDICAMENTE** deben contribuir al sostenimiento del conjunto...” “Es un conjunto moral y económicamente solidario, integrado....por individuos que viven ligados por cargas de familia recíprocas, emergentes de los vínculos jurídicos del matrimonio, de las diversas especies de convivencia estable juridizada.....” Es decir que la **SOLIDARIDAD es un principio que hace a la naturaleza jurídica del Derecho de Familia**. Es impensable que algún integrante del grupo fuera a desarrollar procederes insolidarios. Esta noción ha sido en el Proyecto, SOSLAYADO.

Continúa el jurisconsulto de la U.N.C y académico de número Dr. Fanzolato: “Expresamos “grupo solidario en los aspectos materiales y morales, queriendo destacar que, jurídicamente, la carga familiar, en cuanto contribución o ayuda **NO SE AGOTA EN EL ASPECTO PECUNIARIO** sino que debe integrarse con la asistencia moral, el apoyo afectivo o

espiritual INDISPENSABLE en TODO VINCULO de naturaleza hogareña o familiar, porque las relaciones de familia se inspiran fundamentalmente, **en un acendrado espíritu de solidaridad, en profundos sentimientos y en deberes morales ajenos a todo contenido ECONÓMICO, aunque la satisfacción de esta “carga” afectiva (cuyo indispensable reconocimiento subrayamos) no pueda lograrse a través de los mecanismos de exigibilidad propios del derecho patrimonial (ejecución forzada, cumplimiento por otro),** desde que no existen procedimientos judiciales para obtener su cumplimiento coactivo o forzoso”.

El matrimonio no es solo un vínculo jurídico, sino y principalmente un vínculo moral-espiritual, basado en afectos y sentimientos que implican deberes éticos. Por eso el ordenamiento civil no puede absorber la realidad íntegra de la institución matrimonial y debe dar forma de precepto jurídico a aquellas obligaciones morales en mayor medida indispensables al mantenimiento del grupo familiar. Sobre este fondo moral y a efecto de dar a la institución todo su desarrollo se **SUPERPONE EL ELEMENTO JURIDICO, pues la ley positiva sanciona esos deberes morales ERIGIENDOLOS EN OBLIGACIONES DE DERECHO que los cónyuges tienen entre sí, con respecto a la prole y también para con la sociedad.** Y la violación de tales obligaciones da lugar a sanciones jurídicas²⁵.

Es decir, que obviamente el fundamento es ético y que “Toda la trascendencia del matrimonio, se lee en Busso, se pone de manifiesto en el cumplimiento de esta obligación” (Méndez Costa).

Sobre el explícito deber de Fidelidad

Ya la doctrina se ha preocupado especialmente en efectuar una especie de catálogo de proceder que podrían conformar su trasgresión. No obstante ello, debe tenerse en claro que el deber contemplado en el Art. 198 del Código vigente, presenta dos facetas: a) la fidelidad material o exclusividad sexual producto del matrimonio **monogámico**, b) y la fidelidad moral, que implica abstenerse de conductas equívocas que lleven a malentendidos sobre la probidad u honestidad del otro cónyuge

No obstante existir desde la sanción de la ley 23.515 el divorcio vincular, habilitando la recuperación de la aptitud nupcial, se ha debatido duramente respecto a la exclusividad sexual conyugal “*pendiente matrimonii*” y, producido ya el desquiciamiento matrimonial, hasta cuándo debe mantenerse el deber de fidelidad. A nuestro juicio y como lo manifestáramos en varios

²⁵ **Rolando, Carlos H.:** “*Derecho de Familia. Tomo I*”. Rubinzal Culzoni Editores, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1982, págs. 250 y 251.

congresos, expresamos que la misma subsiste **hasta la sentencia firme de divorcio vincular, momento frente al cual el ex-cónyuge RECUPERA SU APTITUD NUPCIAL.**

Pero debo mencionar que existen otras posturas doctrinarias y jurisprudenciales a considerar.

SOBRE LA DURACION DEL DEBER DE FIDELIDAD: 4 criterios.

- a)** Subsiste hasta la disolución del vínculo por sentencia (nuestra postura)²⁶.
- b)** Que se encuentra ATENUADO durante la separación de hecho²⁷.
- c)** En las separaciones de hecho prolongadas NO EXISTE el deber de fidelidad²⁸, es decir que desaparece al cesar el deber de cohabitación y el de débito conyugal, con derecho a fijar otro domicilio.
- d)** Sólo subsiste el deber de fidelidad durante los TRES PRIMEROS AÑOS DE SEPARADOS DE HECHO, pues transcurrido dicho término se puede demandar el divorcio y contraer nuevo matrimonio²⁹.

El Proyecto de C.C., no sólo no recepta ninguna de estas posturas respecto al deber de fidelidad y su persistencia luego de producida la separación de hecho, lo que hubiera dado un valor accesorio a la exclusividad sexual, **sino que lisa y llanamente lo elimina como deber,** limitándolo a un mero acto voluntarista reservado al ámbito de lo moral.

Es incoherente sostener que en nuestro país el matrimonio es monogámico si correlativamente no se mantiene el deber de fidelidad como obligación legal. El Proyecto en este punto no cierra, es inconstitucional.

Tampoco se deja a salvo que la infidelidad moral de uno no autoriza al otro a proceder del mismo modo: quien es infiel simplemente demuestra que ha cesado de su parte la *affectio maritales*³⁰, por lo cual el otro está perfectamente autorizado a considerarse libre de ese “compromiso”, lo que no se compadece con la exclusividad sexual del matrimonio monogámico, pudiendo incorporar otras personas a la relación matrimonial. De lo contrario, el proyecto debería permitir expresamente las prácticas sexuales de intercambio de parejas, denominadas

²⁶ CNCiv., sala F, 12-10-94- disidencia Dra. Highton de Nolasco, J. A. 1995-III-350; y sala A, 13-7-00 L.L. -2000-F-106. Comisión 5 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En doctrina coinciden: Belluscio, Di Lella, Mazzinghi, López del Carril, Borda.

²⁷ CCC de San Isidro, sala I, 2-6-98, J. A. 2000-II-459. Excmo. Trib. Superior de Justicia de Córdoba en autos: “B de P. c/ I.P.D.V.”.

²⁸ CNCiv., sala B, 6-5-99, J.A. 2000-II-442 con nota de Ana María Chechile. En doctrina: Zannoni, Bísvaro, Lagomarsino-Urriarte.

²⁹ CNCiv., sala J, 12-9-97. L.L. 1999-C-724. CNCiv., Sala J, 31-5-2000, E.D. 191-366.

³⁰ **Barbero, Omar U.:** “Naturaleza del matrimonio en el Derecho Civil Argentino, a partir de la ley 23.515”. Derecho de Familia. Coordinadores de la obra: Eduardo Zannoni, Francisco A.M. Ferrer; Carlos H. Rolando. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1990, págs. 121 y 122.

“Swingers”, o los plurimatrimonios, propios de las comunidades árabes musulmanas, la de los Mormones, o de los grupos Hamish.

Debe recordarse asimismo, que como todo Acto Jurídico Familiar Bilateral, el matrimonio tiene caracteres propios que hacen a su naturaleza jurídica, entre ellos su **INDISPONIBILIDAD. Así son nulos de nulidad absoluta los acuerdos con que los cónyuges pretendieran regular o eximirse del deber de fidelidad.**

Desde su Tratado de Familia, el Dr. Fanzolato advierte: **“NO TODO LO QUE ES LEGAL O LICITO ES LEGITIMO. SÓLO SERA LEGITIMO LO QUE SE COMPADECE CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE ORDEN PUBLICO, LOS CUALES ABREVAN EN LAS FUENTES DEL DERECHO NATURAL³¹, DE LA MORAL Y DE LAS BUENAS COSTUMBRES LOCALES. EL DERECHO LEGISLADO NO ES OMNIPOTENTE PARA DIBUJAR A SU ANTOJO NUEVOS MODELOS DE FAMILIA PRESCINDIENDO DE LOS SUPERIORES PRINCIPIOS ESENCIALES QUE HACEN A LA ORGANIZACION DE LA SOCIEDAD Y QUE ESTAN FUERA Y POR ENCIMA DE LA LEY Y EN EL PROPIO ORDEN JURIDICO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCION.** Nos referimos al Orden Público que se convierte así en el principio informador del sistema jurídico; y el primer orden público es la Constitución (pág. 66).

“Algunos de estos flamantes modelos de familia *son verdaderas concesiones legales a la libertad y a la vida privada tomadas como VALORES ABSOLUTOS* pues resulta dudosa la compatibilización de semejantes entidades jurídico familiares con otros respetables intereses sociales, reconocidos por el derecho, que son tan o más dignos de observancia. De allí su discutible legitimidad esencial. La reciente incorporación de tales modelos familiares en varios ordenamientos, propios de las sociedades permisivas o tolerantes (que defienden la idea de que el legislador debe adecuar el derecho a las libres prácticas de los individuos), implica desconocer, menospreciar o, quizás, interpretar “a su aire”, con soltura u osadía la vigencia universal de determinados principios fundamentales.

Si bien la libertad sexual y de fecundación o de procreación son otras tantas manifestaciones de la libertad propia del hombre, no se debe olvidar que el infinito o exagerado respeto a las prerrogativas del individuo, a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, hace correr el riesgo de que **UN LEGISLADOR ENSOBERBECIDO LLEGUE A CONSAGRAR LA “DEIFICACION” DEL INDIVIDUO POR EL DERECHO**...

³¹ **Aclara el autor que la referencia al derecho natural es una cita tomada del Jurista Mazzinghi, Jorge Adolfo, Derecho de Familia. Ed. Abaco, Bs. As., 1995, Tomo 1, Cap. I, pág. 40.**

“La libertad e igualdad ante la ley y el rechazo a toda discriminación, no implica desconocer el superior derecho del Estado a organizar la familia y la sociedad de acuerdo a aquellos principios universales y a las particulares concepciones que sobre dichos institutos se tengan en un país determinado. La cuestión podría desencadenar UN CHOQUE ENTRE PRINCIPIOS DE ORDEN PUBLICO; O SEA, UNA COLISION ENTRE EL RESPETO A LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA Y EL RESPETO A INTERESES COLECTIVOS SUPERIORES” (pág. 65, fin de la cita).

En el fondo, cuando sobre tema tan sensible como es el matrimonio en Argentina se pretende imponer un nuevo paradigma como es la supresión de la monogamia, ese principio general debe estar precedido de un autentico y profundo recepción social para, a posteriori, incorporarlo a la normativa que se proyecta. Aquí se impone un modelo poligámico de matrimonio, agrediendo la moral y las buenas costumbre que no deben confundirse, al decir del Maestro Fanzolato, con los prejuicios sociales. **Ante una sugerencia de las Dras. Wallace y Villagra ambas consideran que implícitamente se suprimiría la monogamia. La Dra. Villagra entiende que implícitamente se está socavando la institución matrimonial como monogámica.**

El insigne jurista cordobés, continúa expresando que: “Los individuos responsables deben preocuparse por difundir y defender los sanos principios de la moral pública contra la **propaganda liberadora** de **ciertos colectivos** que actúan embozados bajo el difuso rótulo de “reivindicación de la libertad y dignidad del hombre”, que impacta y allana una mayor captación de adherentes, EN PARTICULAR EN LA POBLACION DE PAISES QUE HAN VIVIDO LARGOS AÑOS, BAJO GOBIERNOS DE FUERZA”.

DIFERENCIA CON EL PROYECTO DE UNIFICACION DE 1998

En el art. 435 mantiene los Deberes recíprocos de Fidelidad, asistencia y alimentos. En el art. 436 contempla, asimismo, el deber de convivir en una misma casa salvo circunstancias excepcionales.

Adherimos a la solución arribada en dicho proyecto, que obtuvo el consenso general de juristas, operadores del derecho y la sociedad en su conjunto. Por lo que proponemos a los autores del proyecto del 2012, la modificación de los efectos personales del matrimonio, conforme la propuesta legislativa de 1998.

El expreso Deber de Cohabitación

El proyecto elimina el deber de cohabitación. ¿Lo suprime en sus dos facetas: convivencia y débito conyugal o no?

Con el acto de celebración nace una comunidad de vida y se impone a los esposos el derecho-deber de cohabitar (que no es sólo compartir la vivienda (arts. 199/200). Los esposos deben fijar una residencia común pero la cohabitación es un concepto que contiene un elemento espiritual que no puede obviarse, lo que implica **EXTERIORIZAR DE DIVERSOS MODOS LA INTENCION DE COMPARTIR LA VIDA**. Puede ser que compartan la vivienda y no cohabiten, o que circunstancialmente no la compartan y sí cohabiten.

Así por ejemplo, cuando hay cohabitación se presume la paternidad del marido de la madre (se presumen relaciones sexuales exclusivas entre ellos y excluyentes de terceros). En este orden de ideas Galli Fiant³² sostiene: "La vigencia de la presunción de paternidad REQUIERE COHABITACION DE LOS ESPOSOS: dado que se fundamenta en la existencia de relaciones sexuales entre los cónyuges, cesa la presunción aunque subsista el vínculo matrimonial, si ya no hay- o es presumible que no haya- convivencia y trato sexual entre ellos. Es la solución legal en caso de separación personal, separación de hecho o promoción de la demanda de divorcio, separación personal o nulidad del matrimonio".

También es el fundamento de la ganancialidad de nuestro régimen patrimonial del matrimonio de comunidad restringida diferida de ganancias, el que tiene en cuenta la vida en común y el esfuerzo compartido. También se puede sostener que la cohabitación que implica el matrimonio, permite al legislador designar al cónyuge sobreviviente como heredero en base al afecto presunto del causante.

El débito conyugal, es el deber de prestarse a las relaciones sexuales con el otro cónyuge, a falta de previsión expresa, es expuesto por la doctrina como integrante del Deber de Fidelidad, por el amor exclusivo de los esposos (Bossert, Zannoni, Vidal Taquíni, Novellino), o en el de cohabitación, comprensivo de la comunidad de vivienda y de vida sexual (Busso, Mazzinghi, Borda, Belluscio, Cafferata, Fanzolato, Perrino).

Adherimos a la que considera que dentro del deber de cohabitación, se encuentra tanto el deber de convivencia cuanto el débito conyugal. Deber de Orden Público Familiar.

Los esposos deben habitar en la misma casa, pues el matrimonio implica vida en común, comunidad plena de vida (*jus ad communionem vitae*). **No se comprende cómo se puede desarrollar un proyecto de vida en común, como superficialmente dice el Proyecto, sin**

³² Galli Fiant, María Magdalena: "Reformas legales y su impacto en la filiación" en la obra: "Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618". Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2010, p. 119.

garantizar a los contrayentes el deber de Cohabitación, en sus dos facetas: la convivencia y el *debitum coniugalis* o relación sexual matrimonial.

Así sostiene Carlos Rolando³³ “Mal podría ignorarse su existencia ya que es un deber que HACE AL CUMPLIMIENTO DE FINES ESCENCIALES DE LA UNION MATRIMONIAL, y su violación acarrea lógicamente sanciones civiles para el incumplidor”.

Manifiesta Llambías que tratándose de relaciones que hacen más a la íntima sensibilidad y al sentido del pudor de los cónyuges deben desarrollarse en condiciones que no signifiquen un menoscabo o un ultraje para ninguno de ellos.

Otra contradicción normativa que se advierte es que el Proyecto le asigna un tratamiento importante y valioso a la Protección de la “**Vivienda Familiar**”.

En el art. **552** aparece esta nueva institución, de corte garantista con sólidas bases constitucionales, similar a la figura del “Bien de Familia” implementada por la ley 14.394. Se procura la protección de la vivienda familiar, morada fundamental para el desarrollo ontológico del ser humano y de su núcleo familiar. Produce los mismos efectos que el bien de familia, es decir sustrae el inmueble familiar del mercado el que tampoco podrá ser enajenado. Felizmente se ha evaluado la necesidad de que la familia posea un inmueble sede del hogar familiar, protegiéndola por encima de cualquier otro derecho de contenido patrimonial de un tercero. Javier Santiso³⁴ se plantea la existencia de una contradicción normativa, expresando: “Una verdadera protección de la vivienda haciéndola intangible. Y lo más reconfortante, es que ello se instituye no sólo para las familias formadas a partir de un matrimonio, sino también para las uniones convivenciales”.

Ahora bien, de esta norma surge la necesidad de que el grupo familiar deba convivir, por lo que claramente se advierte que el deber de cohabitación se exige, aflora su pervivencia en las uniones convivenciales. Pero qué sucede en el supuesto del matrimonio? Santiso igualmente se interroga: “Esta revalorización del hogar familiar, este reconocimiento jurídico tan trascendente, no guarda relación alguna con la cohabitación de los cónyuges? (esta pregunta sí lleva inferida una respuesta y es negativa). Es posible escindir tan fácilmente el compromiso de cohabitación con la formación de un hogar familiar? Claramente revalorizado y protegido por la reforma”.

³³ **Rolando, Carlos H.:** ob. cit., pág. 260.

³⁴ **Santiso, Javier:** “Reforma al régimen de divorcio”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 06, Julio de 2012. Edición especial. La Ley p. 77

“Por otro lado es difícil interpretar el énfasis puesto en la protección del hogar de la familia y desconocer efectos al deber de cohabitación entre los cónyuges, que por otro lado es la principal característica para la existencia de la “unión convivencial”³⁵ .

Pareciese que se procura fomentar una familia basada en la unión convivencial, desdeñando el matrimonio, según lo que se interpreta en el artículo citado, existiendo un tratamiento discriminatorio para unos y no para otros.

Primera conclusión:

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) declararon, por mayoría, lo siguiente: “*De lege lata*. En general: los esposos no pueden dispensarse los deberes de cohabitación y fidelidad porque forman parte de la ontología de la institución. Pretender lo contrario invocando la autonomía de la voluntad fundada en el artículo 19 de la C.N., importa una desnaturalización del matrimonio y contraria al bien común”³⁶.

Considerando que la convivencia y las relaciones sexuales conyugales integran el deber de cohabitación, se advierte en el Proyecto un tratamiento más profundo en las Uniones Fáticas que en el matrimonio, hasta llevar a cierta discriminación a favor de estas últimas. Es incoherente sostener un tratamiento estricto para la unión que no crea vínculo, descomprometida, a aquella que genera el vínculo jurídico conyugal, asumiendo sus riesgos entre cónyuges y frente a la sociedad. Ello nos lleva a pensar si un individuo para liberarse de sus responsabilidades como conviviente, no le conviene más contraer Matrimonio que Unión Civil.

En efecto, respecto al matrimonio debiera haber tenido idéntico tratamiento y **rigor científico que el efectuado para las Uniones Convivenciales**. En el art. 509 se define a las uniones convivenciales expresamente como la unión basada en “relaciones afectivas” de **carácter SINGULAR**, públicas, notorias, estables y permanentes de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, debiendo la convivencia no ser inferior a dos años. Ello nos lleva a pensar si un individuo para liberarse de los compromisos conyugales convivenciales, no le conviene más contraer Matrimonio que Unión Civil. **Es inconsistente exigir “exclusividad” (singularidad) sexual en éstas y no en el matrimonio. Como ya vimos, en la institución matrimonial no se exige “singularidad”, o exclusividad sexual.**

El proceso que el Anteproyecto de 1998 realizó respecto a los Derechos y Deberes de los cónyuges es **el más adecuado a los principios generales del derecho de familia y a lo**

³⁵ Santiso, Javier: ob. citada, p. 81.

³⁶ Ferrer, Francisco A. M.: ob. cit., pág. 74.

esperado por la sociedad. Tal como se propone en el del 2012, vacía de contenido la institución matrimonial encaminándola hacia su extinción. Se propone volver al proyecto de 1998.

El deber de actuar en interés de la familia no ha sido considerado en el Proyecto, a pesar que existe en nuestro ordenamiento jurídico. “No es una mera creación doctrinaria, sino que surge de una serie de disposiciones dispersas en todos los ámbitos del derecho de familia. Se rechaza el actuar con un perfil individualista exigiendo proceder con una orientación comunitaria, abandonando los egoísmos en aras del interés del conjunto familiar”³⁷.

El sujeto que no convive, que no se alegra o sufre las vicisitudes cotidianas del matrimonio, transgrede la especial lealtad que impone la **fidelidad**, la **cohabitación**, por lo que debería conciliar su interés particular al interés del consorte y del grupo al que pertenece. Ello no significa inexorablemente la renuncia o el menoscabo a sus personales intereses, quizás solo posponer su satisfacción inmediata, evitando perjudicar al interés del conjunto con su conducta mezquina, hedonista, y al decir de Fanzolato “antifamiliar”.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ha vaciado de contenido el matrimonio con la sola finalidad de que la trasgresión a los deberes matrimoniales no sean fuente de indemnizaciones por daño moral, y eliminar las causales de divorcio con atribución de responsabilidad (culpable - inocente). Otra clara concesión al neoliberalismo cerril que lo inspira, ajeno al sentir popular.

Conclusiones:

- La familia no está en crisis sino es el matrimonio el que sufre embates en su conformación, dejando de ser considerado como una comunidad de vida esencialmente solidaria.
- El matrimonio está desde hace tiempo siendo vaciado de contenidos morales, espirituales, y jurídicos, licuando los objetivos comunes de los cónyuges.
- En el proyecto propuesto, el eje del orden público familiar matrimonial se ha desplazado privilegiando exclusivamente los efectos patrimoniales propios de una cultura individualista, soslayando el contenido ético del derecho de familia. Así, solo se contempla en la normativa bajo análisis el deber de asistencia material y los alimentos, ambos de contenido pecuniario.

³⁷ Fanzolato, Eduardo: ob. cit., pág. 89.

- Se suprime el deber de fidelidad en sus dos facetas, y el deber de cohabitación, imposibilitando el proyecto de vida en común, palmariamente incoherente con lo prescrito en el artículo 431.
- Existe una segunda incoherencia evidente en el proyecto al sentar el principio de libertad en determinados supuestos económicos y no sostener ese mismo principio de libertad en la esfera personal, como por ejemplo permitir acuerdos prematrimoniales donde los cónyuges estipulen el deber de cohabitación obligatoria.
- Si bien, oportunamente abordaremos el tema del divorcio que se proyecta, estimamos conveniente señalar la vinculación existente entre el divorcio incausado proyectado y su sostenimiento con la falta de obligatoriedad en los deberes conyugales consignados en el artículo 431. Con esto queremos decir que, existe una cara y contracara del matrimonio. Para los autores del Proyecto, es imprescindible que no existan deberes matrimoniales para que, como lógica consecuencia, su trasgresión no sea culpabilizada en el divorcio.

Finalmente, agotado el cometido del presente acto, siendo las 20:00 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el día lunes 16 de julio a la misma hora.

ACTA DE LA QUINTA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los dieciséis (16) días del mes de julio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática del **Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - Comisión de Familia**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato, Dra. Alicia García de Solavagione y Ab. Raquel Villagra de Vidal, encontrándose **ausente** la Ab. Nélide Mariana Wallace. Abierto el acto, se procede a continuar con el tratamiento del:

TITULO II “REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO”, CAPITULO 8 “DISOLUCION DEL MATRIMONIO”, SECCION 2ª “PROCESO DE DIVORCIO”

Informe escrito elaborado por la Prof. Dra. Alicia García de Solavagione

Es en este Instituto donde se advierte la mayor transformación pues el proceso de divorcio cambia de manera radical, introduciendo la autonomía de la voluntad ilimitada.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci³⁸, en un artículo periodístico comenta: “El Proyecto de Código Civil y Comercial que estudia el Congreso muestra, entre otros cambios sociales, la continuidad del largo proceso **de abandono de dogmas religiosos para legislar sobre la familia**. El proceso de laicización o secularización del derecho de familia no se ha detenido. “Recordó que sólo 150 años atrás, la primera ley argentina de Matrimonio Civil, dictada por la provincia de Santa Fe con férrea oposición de la Iglesia, ocasionó que sus detractores hicieran un “fusilamiento” del texto en una plaza. La jurista defendió la vigencia de la libertad religiosa pero **rechazó que las “mayorías confesionales” generen el derecho a llevar los dogmas de la religión a la legislación civil**”.

Es complicado asumir una postura convergente o divergente de la sostenida por una de las autoras del Proyecto, si de antemano se denosta a quienes opinan diferente bajo el rótulo de **“confesionales”; “fundamentalistas”**, y otras locuciones similares que se ha utilizado. La eliminación de la Separación Personal, que es aquel instituto que no hacía desaparecer el vínculo

³⁸ Diario Comercio y Justicia. Miércoles 5 de septiembre de 2012, p. 14.

matrimonial, si bien es cierto que no es frecuente su uso, no es menos cierto que no causaba ningún perjuicio su coexistencia con el divorcio vincular. Creada no solo para quienes profesaban alguna religión, sino fue pensada como una instancia de reflexión previa a la disolución del vínculo. **Evidentemente, razones ideológicas como las expuestas motivaron su supresión.**

En lo sustancial las modificaciones al régimen vigente son las siguientes:

- a) Se modifica el régimen anterior que disponía que el fallecimiento presunto producía la disolución matrimonial SOLO cuando el cónyuge presente contraía nuevas nupcias por un sistema sencillo, según el cual **la sentencia firme** de ausencia con presunción de fallecimiento produce la disolución del matrimonio, contraiga o no el presente nuevo matrimonio.
- b) Se suprime la dualidad de regímenes: la Separación Personal y el Divorcio Vincular, subsistiendo exclusivamente el divorcio. Quien, por razones confesionales o de otra índole (necesidad de reflexionar) desee recurrir a la separación personal, no tendrá manera de hacerlo pues se ha considerado que, estadísticamente, no son numerosos los casos que se han presentado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Que, asimismo, era una fuente rápida de eludir el plazo de tres años exigibles para el divorcio vincular, pues se iniciaba el proceso como separación judicial (más breve, dos años) para adelantarse en el tiempo y luego convertir la acción en un divorcio vincular.³⁹ En los **fundamentos del Proyecto**, se admite que esta argucia procesal es el elemento basal de la supresión de la figura, al imponer que: “Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal **no es por razones religiosas**, si no por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral”.

Borda⁴⁰ expresa al respecto: “Tanto se predica y se habla de la importancia de la “democratización de la familia” de la “protección integral de la familia” del “avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia”, que “el proyecto amplía la

³⁹ **Bísaro, Beatriz**: “Divorcio”. Jornadas sobre el Proyecto del Código Civil y Comercial, Area de Derecho de Familia. Sala de Derecho de Familia y Fundación Tercer Milenio. Colegio de Abogados de Córdoba. 17 de septiembre de 2012.

⁴⁰ **Borda, Guillermo J.**: “Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 -Número 06- Julio de 2012. Edición especial. La Ley, p. 34.

aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio”, que “la injerencia estatal tiene límites” y sin embargo en contra de todas estas argumentaciones se impide que los cónyuges puedan requerir solamente la separación personal, sin disolución del vínculo. ¿Cuál es la razón? ¿Qué derecho se vulnera al no disolverse el vínculo? ¿Qué razón existe para impedir que los cónyuges se separen, dividan sus bienes, pero mantengan el vínculo matrimonial? **¿Por qué y cuál ha sido la razón por la que los autores del Proyecto, que han seguido muy cuidadosamente el proyecto español, se apartan de éste y no regulan también la posibilidad de la separación?**

- c) Se eliminan las atribuciones de responsabilidad. Ello es una consecuencia lógica de haber eliminado los deberes conyugales, por lo tanto su trasgresión ya no acarrea consecuencias negativas para el cónyuge que no dio culpa al divorcio, como ya lo expresáramos en la reunión anterior. Se elimina la novedosa creación del legislador de 1987, basada en los modelos de Divorcio como remedio y de Divorcio como sanción. No habrá culpables ni inocentes en la resolución de la relación matrimonial.
- d) **Se suprime el divorcio por las causales subjetivas** (art. 202 del CC vigente) para incoar la demanda. En los fundamentos se manifiesta: “Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio. Eduardo Roveda⁴¹ en un trabajo jurídico conjunto, fija su posición favorable a la eliminación de las causales subjetivas, al expresar que: “Esta modificación es congruente con la eliminación de los derechos-deberes derivados del matrimonio, especialmente la regulación de la fidelidad como deber moral y la desaparición del deber de cohabitar. Ello así, por considerar que éstos no son deberes estrictamente jurídicos, ya que de su incumplimiento no deriva ninguna consecuencia aunque subsiste su valor axiológico”.

⁴¹ **Roveda, Eduardo G.; Sasso, Marcela Lorena; Robba, Mercedes:** “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 -Número 06- Julio de 2012. Edición especial. La Ley, p. 40.

e) En el artículo 436 se impone la “Nulidad de la renuncia”. Dice el Proyecto: “*Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito*”. Hemos visto cómo el proyecto transita por carriles contractualistas, dejando librada las obligaciones y deberes de los esposos a su voluntad, a su criterio. Llama la atención que, no imponga la misma libertad a los fines de que los cónyuges pacten la no disolubilidad de su matrimonio. He aquí una clara inconsistencia, que contraría todo el espíritu que la ley pretende imponer. Ello no nos lleva a considerar que pueda renunciarse a la disolubilidad conyugal, pues la ley 23.515 fijó la naturaleza jurídica disoluble del vínculo, nuestra tarea aquí es **MARCAR LAS CONTRADICCIONES**.

Vidal Taquín⁴², en su obra sobre matrimonio civil, explica al analizar el art. 230 del C.C. vigente: “Existe una aplicación más de los **LIMITES IMPUESTOS A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD** en derecho de familia, con lo cual la prohibición que la norma contiene está referida a que por ningún otro medio o instrumento los cónyuges puedan pactar una renuncia como la que prohíbe, porque si así no fuese, implícitamente resultaría una dispensa para los cónyuges de cumplir con los deberes matrimoniales, cuya infracción trae como sanción, entre otras, que el cónyuge afectado ponga la acción de separación personal o de divorcio. Pacto de tal naturaleza es de nulidad absoluta”. Coincidimos con el autor, pero **DENTRO DEL MARCO NORMATIVO IMPUESTO POR LA LEY 23.515**, donde no rige el principio individualista de la autonomía de la voluntad. En el Proyecto, no se sostiene la contradicción palmaria.

Es de recordar que la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** oportunamente rechazó la demanda de los contrayentes que impugnaban el artículo 230 del Código Civil, y pretendían acordar que el matrimonio que contraían sería indisoluble⁴³.

f) Quiénes están legitimados para accionar? Lo fija el artículo 437. **Divorcio. Legitimación.** *El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges*”.

Esta norma presenta la particularidad de que pueden petitionar el divorcio uno o ambos cónyuges. Se incorpora de esta manera al régimen divorcista el **REPUDIO UNILATERAL SIN CAUSAS**. Se siguen los lineamientos de la reforma española de 2005, estableciéndose en los fundamentos que:” Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del

⁴² Vidal Taquín, Carlos H.: “Matrimonio Civil. Ley 23.515”, 2ª edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea, Bs. As. 2000, pág. 707.

⁴³ CSJN, 05/02/1998, ED, 176 - 1.

matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición”. En aquellos casos en que el divorcio sea peticionado por uno solo de los cónyuges el peticionante también debe acompañar el proyecto de convenio regulador y el otro ofrecer uno distinto. Róveda⁴⁴ aclara en su aporte jurídico ya señalado: “Una de las particularidades del régimen proyectado es que, en ningún caso, el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio, estableciendo que las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local. Quizás un efecto no querido por el proyecto será que los ex cónyuges trasladen su conflicto matrimonial a los debates sobre cuestiones conexas”.

g) Se ha conservado la necesidad de la **Judicialización** del proceso. Ello significa **que el tan proclamado “Divorcio Express”, que técnicamente es aquel que se produce en forma ADMINISTRATIVA** (los contrayentes realizan el trámite administrativo en el Registro Civil donde se unieron en matrimonio), **no ha sido incluido** en el Proyecto, como se ha insinuado en diversos medios de comunicación a fin de obtener consenso en la sociedad. Se observa un desconocimiento en los operadores legislativos y jurídicos para diferenciar un modelo de divorcio judicial y otro, el llamado express o rápido, que es el meramente administrativo y que ha sido soslayado en el Proyecto.

En esta instancia el Dr. Fanzolato expresa sin intención de crítica, que el mentado Proyecto parecería que **ha vaciado del deber de “prestarse asistencia recíproca”,** privando de valor jurídico al deber de fidelidad (que queda reducido al **contenido en el matrimonio**, al establecer en el Art. 431 que “*Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deber que es un mero compromiso moral*) y quitando el deber de cohabitación. **Repara que la ley no tiene incumbencia para regular “afectos”.** No obstante ello, entiende que el matrimonio no estaría totalmente desprotegido ya que cuando se regula o define al matrimonio (“consentimiento de ambos contrayentes”) refiere a dos personas, allí hay “fidelidad”. Es decir, que se entendería que al decir “ambos contrayentes” estaría el deber de fidelidad **implícito.**

Asimismo, más allá de los deberes de asistencia y alimentos, observa que se mantienen los **efectos que surgen del matrimonio** como es la suspensión de la prescripción entre cónyuges

⁴⁴ **Roveda, Eduardo G.; Sasso, Marcela Lorena; Robba, Mercedes:** “*El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial*”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 -Número 06- Julio de 2012. Edición especial. La Ley, p. 41.

y la vocación hereditaria. Por lo tanto, el “matrimonio” no está **totalmente** vaciado de contenido y, por ejemplo, comparándolo con las uniones de hecho, éstas no tienen efectos sucesorios.

Creemos que cambia totalmente el paradigma del modelo de familia, sin perjuicio de que la propia ley ha compensado o ha tratado de equilibrar los efectos con las figuras de las compensaciones económicas (art. 439). **Este no es modelo de familia deseable para esta sociedad.**

*h) Respecto a los requisitos y procedimiento del divorcio, el artículo 438, expresa “Toda petición de divorcio **debe ser acompañada de una propuesta** que regule los efectos derivados de este; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.”*

Consideramos como **positivo** el hecho de que se no se haya desjudicializado el trámite de divorcio. Pero más allá de ello, al condicionar la admisibilidad de la petición de divorcio a la presentación de un convenio regulador, podría implicar tácitamente una denegación de justicia.

La supresión de las causales de divorcio, tanto objetivas como subjetivas, expresan los autores del Proyecto, obedeció a la necesidad de receptar lo que la jurisprudencia ha sostenido en los últimos años, desde la sanción de la ley 23. 515. Ha sido declarada la inconstitucionalidad de los plazos para iniciar las acciones pertinentes, por diversos Tribunales, como así también han eliminado las transgresiones subjetivas a los deberes matrimoniales, contenidos en el art. 202, con atribución de culpabilidad, bajo el argumento de que, de esa manera se evita ventilar “los trapos sucios”, es menos doloroso y evita el resquebrajamiento total de los ex -cónyuges. No estamos seguros que, **siempre en el campo conjetural**, ello se logre con la eliminación propuesta.

Obsérvese que si el fin propuesto hubiera sido EFECTIVAMENTE evitar la escalada del conflicto conyugal, no se sostiene la inconsistencia de incorporar la posibilidad de que **SOLO UNO DE LOS CONYUGES PUEDA PEDIR EL DIVORCIO**, similar al repudio de los **países islámicos**, donde claramente se ve el menosprecio de una parte de la pareja, situación de

máximo dolor para el cónyuge que apostó a una convivencia con proyección de futuro y estabilidad. Es de máxima crueldad, prohijar un desenlace unilateral del matrimonio y todavía impedir que quien no provocó esa situación, no pueda demostrar a sus hijos y a la sociedad, que no tuvo la culpa de impedir la continuidad de su matrimonio. Así se fragilizan las relaciones humanas entre parejas, ya de por sí lo suficientemente efímeras como para que la ley todavía les facilite su conclusión de manera unilateral. Se debió mantener las atribuciones de responsabilidad.

Existe un evidente cambio de paradigma respecto al matrimonio y la forma de concluirlo, a mi juicio, muy duro para quien confió en un proyecto común. Así, fríamente en los fundamentos del Proyecto se sostiene: “De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. **El respeto por la libertad y la autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea.** La protección integral de la familia, de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”.

Lo cierto y concreto es que en los propios fundamentos del proyecto se expresan las verdaderas razones que motivaron la desaparición del divorcio con causa, y ellas son **PURAMENTE PECUNIARIAS**: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. **Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños**”.

Se incorpora la necesidad de un convenio regulador, acordado o no por las partes, si es unilateral surgido de una propuesta, referidos a cuestiones derivadas del divorcio (ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de los bienes, eventuales prestaciones compensatorias, etcétera). El otro cónyuge puede compartir o esgrimir otras propuestas, y el juez dirimir en caso de conflicto y homologar en caso de arribarse a un acuerdo. Como ya expusimos, la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Se advierte una inconsistencia más cuando prescribe que “...*si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar*” (art. 439 *in fine*). Advertimos como **negativo** que del texto no surgen las pautas para mensurar o cuantificar ese perjuicio.

Es importante destacar que los convenios reguladores deben ser analizados en su faz práctica, pues la ley no explicita claramente sus requisitos. La falta de claridad en su tratamiento pueden convertirlos en una mera formalidad con el objetivo de cumplir con lo que la ley estipula, pero sin contenido sustancial que beneficien a los involucrados. Como lógica consecuencia, podrían presentarse problemas colaterales no deseados, alimentos, régimen comunicacional de visita, división de bienes, etc.

i) Se elimina todo tipo de plazo de espera desde la celebración de las nupcias, o de la separación de hecho para la tramitación del divorcio, según el proyecto... “para evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges”.

LAS PRESTACIONES COMPENSATORIAS

Figura introducida en la doctrina argentina por el Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato⁴⁵

De origen europeo, las prestaciones compensatorias en el derecho argentino son un hallazgo del maestro Dr. Eduardo Fanzolato. Al respecto, sostiene que se corresponden con el Régimen de Separación de Bienes que rige en Europa; explicando que se trata de una **defensa** donde la persona tiene que demostrar que su entrada y salida del matrimonio le produjo un desfasaje, un “**desequilibrio manifiesto**” a consecuencia del matrimonio. Es decir, que las prestaciones compensatorias son una forma de equilibrar un régimen patrimonial matrimonial basado en la separación de bienes.

En esta reunión deberemos citar con asiduidad su trabajo jurídico por ser el primer jurista que advirtió su favorable incorporación al sistema de la sociedad conyugal y/o post-conyugal, incorporando asimismo una síntesis del valioso material.

“Perfiles jurídicos de la prestación compensatoria”. Novedosa institución: rasgos jurídicos asignados por su ideólogo francés.

La prestación compensatoria se presenta como una institución jurídica novedosa cuya naturaleza es la adecuada para sustituir a los anacrónicos alimentos entre ex cónyuges. Aparece en Europa en el cuarto final del siglo XX, acusando diversidad de fundamentos y escasas raíces doctrinarias anteriores. Las reformas legislativas familiares en Francia, Dinamarca, Gran Bretaña, Italia, España y Alemania la adoptan, aunque con distintas características, asignándole

⁴⁵ **Fanzolato, Eduardo Ignacio:** “*Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges*”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001-1 “Alimentos”. Rubinzal Culzoni Editores. 27/4/2001, p. 19/77.

funciones específicas y acomodando su particular fisonomía jurídica a la idiosincrasia y condicionamientos sociales de cada país”.

“Decía Carbonnier, ideólogo de la institución en Francia, que “una parte considerable de los dolores del divorcio son los del posdivorcio. Se piensa, especialmente, en la pensión alimentaria, mediocre, mal pagada, generadora de conflictos que renacen sin tregua. La pensión alimentaria después del divorcio es una miseria jurídica que pesa duramente sobre las mujeres divorciadas”.

Clasificación y concepto de las prestaciones compensatorias.

Atendiendo a las diferentes normativas nacionales, esbozamos la siguiente clasificación:

- a) Según el tipo de beneficio que procuran, se distinguen las prestaciones compensatorias *civiles* respecto de las *previsionales*, de Derecho Público. A su vez, las civiles, de acuerdo a su fundamento, se catalogan en prestaciones *correctoras de la disparidad económica* y prestaciones *reparadoras del enriquecimiento sin causa*.
- b) Por su origen pueden ser *legales* o *convencionales*, las que no deben, necesariamente, sujetarse al régimen de las prestaciones fijadas por los jueces. Los acuerdos privados se respetarán mientras no afecten intereses superiores ni derechos de terceros.
- c) Según que se determinen al disolverse un matrimonio o una convivencia estable se podrá hablar de prestación compensatoria *posdivorcial* o de prestación compensatoria *posconvivencial*.

La prestación compensatoria civil consiste en el pago de un monto global o de una cantidad periódica-generalmente mensual-, temporaria o vitalicia, que uno de los divorciados debe abonar al otro:

- a) Para subsanar el desmedro en el nivel de vida económico social que sufre a causa del divorcio, o
- b) Para compensarlo por aquellos aportes en servicios o en bienes que, por su especial naturaleza, no pueden ser justipreciados ni saldados en las operaciones de liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial o de la comunidad convivencial.

Las *prestaciones compensatorias previsionales* son abonadas a los cónyuges divorciados por el respectivo sistema de retiro o jubilación mediante un cálculo compensatorio de los aportes realizados por uno o por ambos ex esposos durante la vida conyugal, buscando que los dos se beneficien igualitariamente de las cotizaciones pagadas por ellos a título individual mientras duró el matrimonio. Son prestaciones previsionales con montos compensados”.

“Tal como lo adelantamos, teniendo en cuenta los fundamentos y propósitos de las leyes respectivas, surge la existencia de, al menos, tres clases de prestaciones compensatorias que pueden o no coexistir, según la reglamentación de cada país.

- 1) **Para corregir la dispar situación emergente del divorcio.**
- 2) **Para compensar servicios benevolentes no liquidados al extinguirse el régimen de bienes.**
- 3) **Para compartir los derechos o expectativas previsionales originados en cabeza de los esposos durante el matrimonio o la convivencia matrimonial”.**

Primera clase:

“Con la prestación se procura subsanar el menoscabo económico que, por cualquier causa-origen, genera el divorcio a uno de los ex esposos. Hasta entonces, la comunidad de vida, la contribución a las cargas del matrimonio o el régimen patrimonial primario llevaban a ambos esposos a gozar del mismo *standard* de vida; pero cuando tale situaciones jurídicas desaparecen con el divorcio, afloran y se hacen patentes los niveles económicos y sociales correspondientes a los personales recursos y capitales de cada quien. De ahí que, por lo general, uno de los ex consortes pasa a peor situación. La ley intenta compensar el desequilibrio procurando, mediante la prestación, mantener una posición socioeconómica similar de los divorciados durante un tiempo prudencial a fin de permitir al más desprotegido una reinserción normal en el respectivo ámbito generador de recursos existenciales (situación objetiva).

Como la atribución no puede hallarse en un factor subjetivo (porque no hay determinación de culpabilidades) la adjudicación se funda en un principio objetivo de equidad o solidaridad compulsiva que impone la carga de compensar la disparidad al sujeto que está en mejores condiciones para soportarlo. (cabría señalar alguna semejanza con el principio que en nuestro derecho, regula la atribución de los daños involuntarios, contenido en la segunda parte del art. 907 del C.C., según el cual: “Los jueces podrán.....disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuentas la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.La situación no es idéntica porque, mientras en el supuesto del art. 907, 2ª parte, la conducta del autor del daño debe ser *objetivamente ilícita*, en el caso de la prestación compensatoria no hay ilicitud (objetiva ni subjetiva) en la conducta del obligado, quien ha obrado legítimamente en ejercicio de una facultad (divorciarse) que no debería originar ninguna responsabilidad (art. 1071, C.C.)”.

“Se consagra así, una verdadera compensación de equidad, por lo que el resarcimiento no tiene que ser necesariamente integral como se propicia en materia de responsabilidad por daños. La obligación de reparar no se establece a título del reproche que merece quien incurre en conducta antijurídica. Se trata de una indemnización de equidad impuesta al esposo que, después del divorcio, no sufre mengua en su nivel de vida.””Si bien resulta injusto imponer una compensación a quien es moralmente ajeno a la disparidad en las condiciones de vida que sufre el otro a raíz del divorcio, también resulta muy duro, inequitativo y hasta “inmoral” dejar sin ningún tipo de cobertura a este último, al que podríamos calificar como “víctima económica del divorcio” porque, sin incurrir en proceder reprehensible alguno, pasa a peor situación. Por ello se apela a “remedios” de equidad que implican una rectificación de la justicia estrictamente legal”.

Segunda clase:

“En este supuesto, la prestación se impone para corregir el empobrecimiento que sufrió uno de los esposos como consecuencia de la tácita división de las funciones durante la vida matrimonial y que le impide la reasunción inmediata de una ocupación remunerada o el ejercicio profesional interrumpido, percibiendo como compensación un monto global o una renta hasta que pueda obtener, por sus propios medios, los ingresos necesarios que aseguren su autosuficiencia. El factor de atribución se funda en el principio del enriquecimiento sin causa”.

“El régimen de separación sin correctivos compensatorios, a la hora de disolverse el matrimonio, puede provocar situaciones de aprovechamiento indebido que repugnan a la conciencia y a la equidad, similares a las que suelen producirse cuando termina una convivencia de hecho. Por eso, nos parece desacertado e imprudente que el nuevo proyecto de código civil (por el del año 1998) omita la reglamentación de las adecuadas prestaciones compensatorias ...”.

Tercera clase:

“Se funda en principios de equidad, de ganancialidad o de convivencialidad. A ese fin apunta el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, cuando en las Recomendaciones (R. 89-1) tendientes a lograr la autonomía económica de los divorciados aconseja dictar una reglamentación apropiada de los regímenes de aseguramiento por vejez, a fin de que los esposos se beneficien de una manera igual de las cotizaciones pagadas durante el matrimonio”.

“Lo que se busca con esta recomendación es que cada uno de los esposos pueda participar en las expectativas previsionales que haya adquirido el otro, con su trabajo, durante el matrimonio”.

“Características comunes de las prestaciones compensatorias civiles:

La concesión de estas prestaciones puede tener un origen convencional o legal: pero en general presentan las siguientes características:

- 1) Según el ordenamiento que las regula, las prestaciones compensatorias civiles tienen una índole patrimonial resarcitoria porque surgen: a) del perjuicio, del retroceso en las condiciones económicas y sociales de vida, o b) del empobrecimiento indebido del beneficiario y del correlativo enriquecimiento sin causa del obligado, y no de la situación de necesidad del acreedor, como en los alimentos. Si no se da el daño (la disparidad económica que ocasiona la ruptura matrimonial) o el empobrecimiento-enriquecimiento correlativos, no hay fundamento fáctico para la prestación, aunque quien la pretenda se encuentre en situación cadenciada.
- 2) Se prescinde en absoluto de la culpa como requisito de imputación. El factor de atribución varía según la clase de prestación compensatoria regulada en los distintos ordenamientos que la receptan. La conducta antimatrimonial de una de las partes excepcionalmente puede fundar una negativa a otorgarla a favor del culpable; pero ello también depende del sistema legal; por ejemplo, en Francia, el derecho a obtener una prestación compensatoria por dispar situación económica solo se le niega al cónyuge único culpable de la quiebra conyugal, aunque con posibilidad de otorgamiento excepcional, en ciertos casos, de una prestación sustitutiva (indemnización compensatoria). En cambio la prestación compensatoria por enriquecimiento sin causa, que es el tipo reglamentado en el Código civil de Québec, procede aunque el solicitante sea el culpable del desquicio conyugal y aunque, por gozar de una sólida posición económica, no la necesite. El pago de la compensación no es un “premio” ni un consuelo, ni una “donación forzada”, si no que es el pago de lo que adeuda civilmente quien se enriqueció sin causa; por ende, es inconcebible que el pago dependa de la conducta que el pretenseo creditista haya observado durante la convivencia.
- 3) Por idénticas razones, la caducidad o pervivencia del derecho a la prestación no debería estar subordinada a la decisión posterior de contraer nuevas nupcias, de vivir en unión estable o de permanecer sin vínculos jurídicos o fácticos al respecto. En Québec es un derecho que no caduca durante el tiempo fijado, aunque en el transcurso de ese lapso el

beneficiario se haya vuelto a casar (porque es indemnizatoria); con igual fundamento, se establece su perduración en caso de fallecer el debrirrentista (art. 427 del Cod. Civ. De Québec). En Francia, en donde la prestación tiene un fundamento distinto, tampoco se extingue por las nuevas nupcias del beneficiario, aunque sea frecuente incluir en los convenios propios del divorcio por petición conjunta una cláusula que prevea el cese de la renta en tales casos (diferente a lo que sucede en Gran Bretaña e Italia, países donde la prestación caduca si el titular contrae nuevas nupcias).

- 4) Las circunstancias apuntadas distinguen visceralmente la prestación compensatoria de una prestación alimentaria, respecto de la cual el juego de tales situaciones puede determinar que no nazca, o se restrinja el derecho, o que caduque (arts. 210, 211 y 218 del CC vigente).
- 5) La determinación de la naturaleza jurídica creditoria y no alimentaria de estas prestaciones no es una sutileza ni un bizantinismo, sino que es decisiva para esclarecer el régimen jurídico al cual están sometidas, especialmente, su disponibilidad, duración, embargabilidad, privilegios, la variabilidad del monto, régimen de caducidad del derecho, etc.

Ello así, de la índole patrimonial indemnizatoria de la prestación se derivan las siguientes consecuencias:

- 1) Tratándose de un derecho “inherente al patrimonio”, admite su transmisión activa o pasiva *inter vivos* y *mortis causa*; si fuera alimentario sería “inherente a la persona”, *intuitu personae*, y, consecuentemente, intransmisible. Si no hubiera precisión judicial respecto al término de vigencia, deberá interpretarse que la renta es vitalicia respecto del beneficiario; pero si se hubiera fijado una duración determinada, en caso de deceso del credirrentista titular, sus herederos podrían exigir el pago hasta completar el plazo.
- 2) Siendo un derecho patrimonial disponible, admite su renuncia expresa o tácita que tendrá pleno valor siempre que no se alegue y demuestre algún vicio del consentimiento.
- 3) La reglamentación facultativa en los Convenios regulatorios de los efectos del divorcio (en aquellos países en que, como en España, resultan obligatorios tales acuerdos) es un elemento más que contribuye a fundamentar el carácter negocial de estas prestaciones, ya que su regulación es meramente POTESTATIVA DE LAS PARTES, las cuales no están obligadas a convenirlas.
- 4) La misma disponibilidad determina que sea posible la transacción y compensación; en cambio los alimentos cuyo fin asistencial es subvenir las necesidades mínimas son

esencialmente indisponibles, como característica propia de las obligaciones alimentarias *ex-lege*.

5) Admite limitación temporal porque tiene la naturaleza de una indemnización y no está subordinada a la necesidad del acreedor.

6) Son acumulables con los alimentos postdivorciales, en el supuesto en que la legislación, como la argentina (art. 209 del C.C.), consagre estas prestaciones legales entre divorciados.

7) La prestación compensatoria, debido a su naturaleza patrimonial, propia de un resarcimiento, y al principio de que no hay privilegio sin texto (como el que existe respecto de los alimentos), carece de prioridad o privilegio para ser cobrada en el marco de la reglamentación del orden de pago de los acreedores después de pronunciada la liquidación judicial de los bienes del deudor.

8) Es embargable y el derecho cae en la quiebra del acreedor y del deudor. Algunos autores sostienen que puedes ser inembargable hasta el monto de cubrir las necesidades alimentarias básicas de subsistencia. Lo que supere ese monto podría ser embargado.

9) Siendo reparatoria debería abonarse en un pago único y definitivo como se acostumbra a cancelar las indemnizaciones de los daños ocasionados. La finalidad perseguida al establecer la preferencia del pago global, a destajo, a tanto alzado, es lograr que el deudor pueda liberarse definitivamente desembolsando un precio final invariable sin tener que arrastrar durante toda la vida, o por un largo período, las consecuencias y los malos recuerdos del matrimonio disuelto y las pretensiones de reajuste de los montos... . La idea es propia de la doctrina del *clean break* que aconseja *regular de una vez y para siempre*, si es posible en la misma sentencia de divorcio, todas las relaciones económicas liquidatorias y futuras entre los cónyuges que se divorcian.

10) El pago único, global o *a forfait*, se encuentra reconocido en algunas legislaciones como la francesa, inglesa y la italiana. Sin embargo los propios autores franceses reconocen que, al admitir que excepcionalmente se paguen en mensualidades, esta forma es la que se practica en el 80% de los casos, muchas veces por falta del dinero disponible y otras como una especulación económica pues, teniendo el capital, el obligado paga la mensualidad con el producido o con los intereses de ese capital.

11) En principio el monto de la prestación es inmutable, sea de la cantidad global como de la mensualidad cuando se admite e impone el pago en forma de renta periódica. Solo así se atiende al propósito perseguido de evitar conflictos postdivorciales impidiendo

reabrir con más o menos frecuencia, discusiones por reclamos vinculados al matrimonio disuelto.

12) Constituyendo un crédito común, es posible garantizar el pago (...). El Juez puede obligar al esposo deudor a constituir una prenda o dar una caución o fianza para garantizar el pago de la renta.

13) En cuanto a la oportunidad para solicitarla, el derecho caduca si no se demanda la prestación en breve lapso que varía según la estructura normativa (...). La caducidad solo se explica en virtud del principio de concentración de los efectos del divorcio en la época de la sentencia con el fin de favorecer la paz social y familiar. Ello no sería viable si la prestación tuviera naturaleza alimentaria, y que este deber aflora jurídicamente cuando están dadas las condiciones fácticas y jurídicas para su exigibilidad (necesidad y pudencia), y no está sujeto a prescripción o caducidad alguna. El derecho alimentario se mantiene latente hasta que aparecen los presupuestos que lo tornan requerible”.

CONCLUSIONES

- 1) La doctrina y legislación extranjeras contemporáneas propenden a que, después del divorcio, los ex cónyuges recuperen su autonomía económica debiendo soportar independientemente las cargas de la vida.
- 2) Se tiende a que, disuelto el matrimonio, desaparezcan las obligaciones de naturaleza alimentaria entre los antiguos consortes...Tales nexos, con lamentable frecuencia, han sido y son fuentes de conflictos y de renovadas discordias familiares.
- 3) La categoría de los alimentos asistenciales *ex lege* entre antiguos esposos es anacrónica para regular las relaciones postdivorciales, sobre todo por que a partir de la disolución del vínculo no hay matrimonio que le sirva de fundamento y requisito de exigibilidad.
- 4) Modernamente, tiende a desvanecerse la atribución de culpas en el divorcio; sin embargo, la desaparición absoluta de toda referencia a la culpa ofrece **ciertas repulsas sociales** que generan concesiones al sistema divorcio sanción. Las leyes que reconocen los alimentos resarcitorios de posición perdida que, en realidad, son alimentos resarcitorios a favor del inocente (arts. 207 y 218 CC argentino), o que consagran una genérica indemnización por daños y perjuicios derivados del divorcio, mantienen la determinación de la culpa en la causa del desquicio conyugal como factor de atribución.
- 5) Se multiplican las leyes que regulan dentro de los efectos económicos del divorcio, las clases requisitos y extensión de las innovadoras **prestaciones compensatorias**. Pueden ser de origen voluntario o legal, carecen de naturaleza alimentaria **y son extrañas a toda**

idea de culpa en la causación de la ruptura del vínculo. Su incorporación suele fundarse en razones de justicia distributiva, en la equidad o en el enriquecimiento sin causa, conceptos ajenos a la responsabilidad aquiliana. Pesan sobre uno de los antiguos esposos y consisten en un pago definitivo y único o en el compromiso de abonar al otro sumas periódicas, durante un lapso prudencial prefijado, con el propósito de posibilitarle el restablecimiento del estándar de vida que se le desmejoró con el divorcio o para compensarlo por el empobrecimiento injusto sufrido durante el matrimonio.

- 6) La tendencia se va consolidando en el Derecho de Occidente, en donde, en forma paulatina, desaparecen las antiguas *rentas de posición* a favor de la mujer, eclipse que se impone como tributo a la igualdad jurídica de los consortes y por el respeto a la dignidad de la persona de la esposa.
- 7) Siendo una corrección de equidad creemos que la carga del reequilibrio de la desmejora debería repartirse entre ambos ex esposos “en proporción a sus respectivos patrimonios”(solución similar a la defendida por Henocho Aguiar, en ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1927, refiriéndose a los daños involuntarios). Con esta fórmula se distribuiría el daño derivado de un acto lícito, como es el divorcio, entre ambos ex esposos, obligándolos a compartir el infortunio. Así se perfeccionarían estas saludables manifestaciones de justicia distributiva.
- 8) Una subespecie la constituye **la pensión de reciclaje** para compensar las desventajas derivadas del matrimonio disuelto, que consiste en una renta temporal de mantenimiento que se abona al beneficiario para que procure realizar su formación profesional, educación ulterior o reeducación, por un término máximo igual al que dure normalmente la formación propuesta. Lograda la capacitación perseguida, o vencido el término, caduca la renta, cuya cuantía debería ser inmutable.
- 9) La legislación argentina, hasta el presente, no recepta las prestaciones compensatorias civiles.....se advierte, sin embargo, que, lentamente, se impone alguna saludable reacción doctrinaria y jurisprudencial; por ejemplo reconociendo la naturaleza patrimonial disponible de los alimentos resarcitorios (art. 207 C.C.) y, sobre todo, de los estipulados en el convenio regulador del artículo 236 del C.C. y su invariabilidad del monto convenido y su posible limitación temporal.
- 10) Ciertamente es que, en Argentina, el régimen de comunidad relativa y el principio de ganancialidad mitigan la carencia de este instrumento jurídico; pero si se llegara a introducir un sistema separatista, la regulación de las prestaciones compensatorias se impondría como una exigencia ineludible. El régimen de separación, sin correctivos

compensatorios, a la hora de disolverse el matrimonio, puede provocar situaciones de aprovechamiento indebido que repugnan a la conciencia y a la equidad.

11) Entre nosotros, al liquidarse una sociedad conyugal no se evalúan los derechos que le corresponderían al cónyuge del titular de una expectativa o de un beneficio jubilatorio sobre los ingresos futuros que el esposo titular QUE APORTO DINERO GANANCIAL puede llegar a percibir, tras el divorcio. Muchas veces éste será el único bien que podría ser objeto de liquidación y partición. Las prestaciones previsionales con haberes compensados de acuerdo al lapso de matrimonio en que se cotizó el régimen respectivo constituyen una reivindicación de derechos conyugales que no se debe posponer si se pretende equilibrar la situación de los esposos después el divorcio y llevar a la práctica el principio de equivalencia de la tarea del ama de casa a cualquier ocupación retribuida desempeñada por el otro cónyuge.

12) La prestación compensatoria previsional, en el fondo, implica una compensación preventiva del enriquecimiento sin causa que se daría en caso de que el titular pudiera aprovecharse en exclusiva de un beneficio provisional (retiro o jubilación) obtenido sobre la base de aportes que (en todo o en parte) se hicieron en el transcurso del matrimonio. Por ello, cada uno de los ex cónyuges tiene derecho a compartir las expectativas o los beneficios generados por el otro, en proporción al tiempo de su disuelto matrimonio durante el que se pagaron las cotizaciones”.

Hasta aquí fue la síntesis de la obra del autor citado al principio.

Entonces entendemos que la regulación de las prestaciones compensatorias es **INDISPENSABLE AL INCORPORAR EN EL PROYECTO EL REGIMEN SEPARATISTA DE BIENES**. En el proceso divorcial contemplado en el Proyecto, avalamos con beneplácito y en forma positiva la incorporación de la figura de las prestaciones compensatorias, las que **TECNICAMENTE** serán, sin duda complejas su aplicación al consistir en un análisis patrimonial del cónyuge antes de entrar al régimen y al momento de salir del mismo, al producirse un **desequilibrio manifiesto** que implicaría un empeoramiento de su situación económica. Es un desafío para operadores del derecho, los que deberán recurrir a las Ciencias Económicas en todo divorcio. Es necesario analizar cómo funcionan en la práctica los convenios reguladores.

Artículo 442. Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. *A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:*

a) *el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;*

- b) *la dedicación que cada cónyuge brinda a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;*
- c) *la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;*
- d) *la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;*
- e) *la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;*
- f) *la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quien abona el canon locativo.*
- g) *La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”.*

Coincidimos con su contenido, considerando que son superadoras de las pautas de interpretación del art. 207 C.C. En cuanto, a la caducidad prevista en el último párrafo, concordamos que el plazo de 6 meses es exiguo, y sugerimos que debería ampliarse.

Artículo 444. Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. *“A petición de 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, ateniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato”.*

Observamos, que su contenido es similar al art. 211 C.C., no obstante ello, a modo de sugerencia entendemos que se debería contemplar el “interés familiar”.

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 20:00 horas, se procede a cerrar el acta dándose por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros asistentes para el próximo encuentro a realizarse el día lunes 23 de julio a la misma hora.

ACTA DE LA SEXTA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los veintitrés (23) días del mes de julio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática del **Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato, Dra. Alicia García de Solavagione, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal y Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace. Abierto el acto, **se procede a tratar el:**

REGIMEN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LA INCORPORACION DEL REGIMEN SEPARATISTA, LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LAS PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

En las **XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, realizadas en Córdoba, en nuestra Comisión de Derecho Privado Comparado se trató la “Flexibilización del Régimen de Bienes y Convenciones Matrimoniales”, integradas por la Dra. Bertoldi de Fourcade como Presidente, y la Dra. García de Solavagione, como Vicepresidente de las mismas. **El 10 de junio de 2010 en el Instituto de Derecho Civil de esta Academia Nacional de Derecho, presentamos el tema y sus Conclusiones.**

El tema originó 5 ponencias, una de ellas del Dr. Eduardo Fanzolato.

INTRODUCCION

En aquellos países enrolados en la familia de derecho romano-germánica se distinguen y regulan con precisión las consecuencias personales y económicas del matrimonio. Los más importantes EFECTOS patrimoniales constituyen el régimen de bienes o régimen económico matrimonial: que es el conjunto de normas que regulan las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, pero no en todos los estados constituye una institución clara y definida. **Francia y Alemania** elaboraron estructuras jurídicas completas sobre la materia, y fueron inspiradoras de las codificaciones europeas y latinoamericanas. Pero también trascendieron en legislaciones extrañas a esta familia de derechos, como:

EN CHINA POPULAR: la ley de matrimonio instituye un régimen de COMUNIDAD, quizás debido a la influencia de las orientaciones soviéticas de la época.

EN TURQUIA: la revolución de Mustafá Kemal Ataturk, en 1926, adoptó el Código Civil suizo como *ordenamiento civil turco*.

EN JAPON: después de la derrota de la 2da guerra mundial, en 1946 se promulgó una Constitución impuesta por el Gral. Mac Arthur, que al afectar las viejas normas del CC de 1898, determinó una reforma sustancial del mismo, especialmente en materia de familia y sucesiones, hasta las más recientes modificaciones, algunas de gran trascendencia, como la operada por la ley 149/99, que terminó por incorporar la legislación japonesa a la tradición jurídica romana.

Por el contrario, **no** se registra un sistema similar, en los países islámicos como tampoco en aquellos enrolados en los principios de la “Common Law”. Por eso los juristas acostumbrados a **una terminología continental europea** consideran que EN ESTE GRUPO DE NACIONES LOS CONYUGES ESTAN SEPARADOS DE BIENES, QUERIENDO SIGNIFICAR QUE EL MATRIMONIO NO REPERCUTE EN EL AMBITO PATRIMONIAL DE LOS ESPOSOS, SALVO A TRAVES DE CONVENIOS PRE-NUPCIALES QUE ESTABLEZCAN UN DETERMINADO REGIMEN ECONOMICO PATRIMONIAL.

Haciendo pie en lo que las legislaciones modernas consagran, entendemos que el tema requiere un enfoque basado en tres cuestiones necesarias, a saber:

Cuáles son los Aspectos comunes a todo régimen:

- 1) **La Reglamentación de las Capitulaciones Matrimoniales, y por último,**
- 2) **los asuntos ESPECIFICOS DE LOS POSIBLES SISTEMAS ECONOMICOS APLICABLES.**

De modo que así podremos ingresar al análisis del proyecto en materia de sociedad conyugal, con una visión integral transnacional.

I) ASPECTOS COMUNES A TODO REGIMEN: El Régimen patrimonial básico.

Respecto al primer punto y sin perjuicio del régimen de bienes elegidos, existen en todos los ordenamientos matrimoniales actualizados, normas que rigen en toda situación. Se trata de cuestiones que, por razones **de equidad y de amparo a la familia y a los terceros**, **LA LEY NO DEJA LIBRADAS A LOS PRECEPTOS COMUNES NI AL ARBITRIO DE LOS ESPOSOS SINO QUE IMPONE SOLUCIONES QUE, EN CONJUNTO, INTEGRAN UNA PLATAFORMA JURÍDICA MINIMA, QUE GOBIERNA A TODOS LOS MATRIMONIOS, CUALQUIERA SEA EL REGIMEN DE BIENES APLICABLE. ESTOS PRECEPTOS CONSTITUYEN UN REGIMEN PATRIMONIAL BASICO O**

PRIMARIO, PROPIO DE LOS CÓNYUGES SIN FORTUNA, CUYA OBSERVANCIA, EN GENERAL RESULTA IMPERATIVA E INDEROGABLE. (También llamado régimen matrimonial primario, básico, elemental, rudimentario, “estatuto fundamental”, “estatuto matrimonial de base”, pues reglamenta una problemática cotidiana).

Son reglas domésticas que determinan quién o quienes afrontan y en que proporción se soportan los gastos ordinarios de:

- Mantenimiento.
- Alimentación de la familia.
- Instrucción de los hijos.
- Ordena las titularidades de la locación.
- La contribución al pago del alquiler y servicios esenciales.
- Establece la **responsabilidad** que (en los rubros señalados) asume cada uno frente a **TERCEROS**.
- Precisa quiénes resuelven el destino de la vivienda o residencia común matrimonial y de los muebles del ajuar.

Por eso se dice que este conjunto de normas **no constituye un verdadero régimen de bienes** (porque no regula la forma de distribuir la fortuna adquirida durante el mat.) **sino que SON EFECTOS GENERALES DERIVADOS DEL VINCULO CONYUGAL.**

Todos estos rubros señalados, corresponden al DEBER DE CONTRIBUCION A LOS GASTOS DEL HOGAR, INCLUYENDO DENTRO DE ESTAS NORMAS BÁSICAS:

- LA IGUALDAD DE LOS ESPOSOS.
- LA LIBERTAD O RESTRICCIÓN PARA CONTRATAR ENTRE ELLOS.
- LA FACULTAD PARA EJERCER PROFESION O ACTIVIDAD LUCRATIVA.
- LA FACULTAD DE DISPONER **LIBREMENTE** DE LAS **GANANCIAS** Y SALARIOS DESPUES DE HABER SATISFECHO LAS CARGAS DEL HOGAR.
- A LA PRERROGATIVA DE CADA CONYUGE PARA ABRIR **A SU EXCLUSIVO NOMBRE, SIN** EL CONSENTIMIENTO **DEL OTRO**, CUENTAS BANCARIAS, RECONOCIENDO AL DEPOSITANTE LA FACULTAD DE **DISPONER INDIVIDUALMENTE** DE LOS FONDOS/O TITULOS DEPOSITADOS.

Los países que regulan el régimen patrimonial primario o básico en el mundo:

Bélgica, Brasil, Costa Rica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Panamá, Holanda, Paraguay, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Venezuela.

En nuestro país, que existe un régimen único inmutable, también tiene normas vinculadas a esta temática, pero mezcladas con las normas generales propias del régimen de bienes aunque con severas omisiones, como la ley 11.357, Art. 5 y 6, la ley 14.394, Art. 34 y el Art. 1.277 in fine del CC. **El régimen vigente y su comparativo con el proyectado será materia del informe de la Dra. Villagra de Vidal.**

Dentro de este tópico, cobran singular importancia y creo que en definitiva es la clave para legislar sobre el Régimen Patrimonial Primario, las cargas familiares y el deber de contribución.

Las Cargas familiares pueden ser: a) Un deber alimentario o,
b) un deber de contribución.

Cuándo es deuda alimentaria: cuando existe NECESIDAD DE UN MIEMBRO DE LA COMUNIDAD FAMILIAR, EXISTIENDO CONVIVENCIA O NO.

En cambio, existe un deber de contribución cuando NO presupone necesidad, es la obligación de los diversos miembros de la comunidad hogareña que **conviven en una misma vivienda**, de contribuir o cooperar pecuniariamente según sus posibilidades a la economía del grupo.

El deber de contribución se establece EN PROPORCIÓN A LOS RECURSOS y no a los bienes, los recursos en principio son:

Las ganancias, los honorarios, las comisiones, los salarios obtenidos por cada esposo como fruto de su trabajo, profesión o industria, rentas no capitalizadas de los bienes respectivos, los derechos de autor, etc.

Pero si fuere necesario, la contribución deberá efectuarse en PROPORCION AL PATRIMONIO DE CADA UNO y afectando bienes capitalizados en caso de insuficiencia de ingresos periódicos.

Entendemos que el sistema más equitativo y justo para soportar los gastos de la economía doméstica, es el vigente en **Holanda**.

Se establece allí, en su Art. 84, las formas de pagar los gastos de la vida hogareña incluidos gastos de manutención y educación de los hijos:

- 1) Corren a cargo de la renta común de los cónyuges. Si ella fuera insuficiente,
- 2) Estarán a cargo de sus propias rentas en proporción a las mismas; de no alcanzar
- 3) Estos gastos corren a cargo del patrimonio común, y si aún así esto fuera insuficiente:
- 4) Corren a cargo de los propios patrimonios en proporción a los mismos.
- 5) La cuestión del régimen patrimonial primario es de ORDEN PUBLICO, y según la realidad de nuestro país, es el que comprende al 80% de la población de clase media.

II) RESPECTO A LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

La capitulación es un negocio jurídico bilateral que no configura propiamente un contrato, sino que es una convención, aunque en la actualidad en forma unánime se ignora la diferencia y se usan indistintamente las denominaciones CONVENCION Y CONTRATO, haciendo extensivo a las capitulaciones las normas aplicables a los contratos.

Elas son una especie de pacto normativo o estatuto acordado entre dos personas para:

- 1) Reglamentar la propiedad y gestión de los bienes e ingresos de los esposos.
- 2) Responsabilidad por las deudas.
- 3) Formas de partir a la disolución del régimen las adquisiciones y pérdidas y en su caso el porcentaje de cada uno.
- 4) Las compensaciones.

En los países cuyo régimen de bienes es forzoso, no puede cambiarse por Convención (ya sea celebrada antes o después del matrimonio), siendo imperativo. Por lo tanto, **no** se admiten las convenciones aún en: **ARGENTINA – BOLIVIA – RUMANIA y CUBA.**

Nuestra opinión: estos escasos países que carecen de un régimen optativo y que no han regulado las convenciones matrimoniales, dan una cabal idea de la urgente necesidad que tiene Argentina, de la regulación legislativa de este Instituto, buscando favorecer la matrimonialidad.

III) ASUNTOS ESPECIFICOS DE LOS POSIBLES SISTEMAS ECONOMICOS APLICABLES

Los sistemas de solución más difundidos, en aquellos países que regulan el régimen de bienes, son los COMUNITARIOS y los sistemas SEPARATISTAS, como lo señala Fanzolato. En la segunda mitad del siglo XX, surgieron los sistemas de **PARTICIPACION**, y en el cuarto final de siglo aparecen **las PRESTACIONES COMPENSATORIAS**, como un instrumento útil para corregir inequidades o reequilibrar situaciones que suelen generarse cuando se disuelve un régimen. Así encontramos:

REGIMEN COMUNITARIO: supone que a su disolución, existe una masa de bienes comunes respecto de la cual los cónyuges tienen derecho a recibir una porción en especie.

REGIMEN SEPARATISTA: se distinguen porque al finalizar el régimen, ninguno de los esposos tiene derecho a recibir porción alguna de los bienes del otro. No hay masa común a distribuir.

REGIMEN DE PARTICIPACION: durante la convivencia funcionan como un régimen de separación; es decir al finalizar el régimen no hay una masa de bienes comunes a dividir; pero se caracterizan porque surge para cada cónyuge un DERECHO A PARTICIPAR EN LAS UTILIDADES OBTENIDAS POR EL OTRO DURANTE SU VIGENCIA. Si ambos cónyuges hubieran acrecido sus patrimonios, aquel cuyas utilidades fueran menores tiene derecho a un crédito de participación por la mitad de la diferencia entre su propia ganancia y la obtenida por su esposo/sa.

Esta distinción no siempre es tan clara, existiendo en algunos países “mixturas” que obstaculizan esta clasificación, como por ejemplo la nueva ley noruega.

Posturas diferentes: Negativa al régimen separatista.

Existen algunos autores que consideran que no se debe respaldar el régimen separatista, como el caso del Dr. Carlos de Goicoechea, quien propició enérgicamente (SIC) el mantenimiento del actual régimen de bienes en su ponencia, que es legal, único e inmutable pues resulta necesario y conveniente al matrimonio y a la familia cuanto más en tiempos como los actuales de profunda crisis de valores y exacerbamiento del individualismo y las pasiones. Argumenta que el régimen de bienes actual contribuye a fortalecer estas instituciones, promoviendo el pleno desarrollo de la comunidad de vida establecida entre los esposos, pues como ningún otro régimen, ALIENTA Y FORTALECE LA CONFIANZA MUTUA DE ESTOS, PERMITIENDO UNA CONVENIENTE ACEPTACION Y ASUNCION DE LOS ROLES NATURALES QUE LE COMPETEN A CADA UNO DE ELLOS, LIBRE DE TODA SOSPECHA E INCERTIDUMBRE ACERCA DEL FUTURO, EN ESPECIAL EN CUANTO A LO MATERIAL. SUS FUNDAMENTOS SON:

1º) En base a la definición de Portalis sobre lo que él entiende es el MATRIMONIO, (sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino) surge que ese consorcio “omnis vitae” se expresa también en una dimensión material, indispensable para el cumplimiento de los fines propios de esta institución. Dice que un buen régimen contribuye a que los esposos se integren plenamente sin dificultad, vivan libres de MUTUAS SOSPECHAS Y TRABAJEN POR EL BIEN COMUN FAMILIAR.

2º) Sostiene que en caso contrario (interpreto que el autor se refiere a un régimen de separación de patrimonios), el régimen económico que permita que cada esposo

construya su patrimonio al margen DE LA COMUNIDAD DE VIDA, fomentará la desconfianza entre ellos, siendo un factor de desunión en especial cuando pasen los años.

3°) Considera que en nuestra realidad social no existe una necesidad ni un reclamo social en orden a flexibilizar el régimen patrimonial matrimonial tal como se ha pronunciado gran parte de la doctrina.

4°) Asegura que el régimen de bienes establecido en el C.C. es el más adecuado, en razón de la necesaria prevalencia de LA DIMENSION ESPIRITUAL EN EL MATRIMONIO POR ENCIMA DE LOS INTERESES PATRIMONIALES. Y literalmente expresa: “resulta bueno y acorde con esta idea, un régimen patrimonial donde los esfuerzos de ambos esposos se vean recompensados al final de la existencia del estatuto legal patrimonial que los rija, y en tal sentido, **el único que puede concretarlo es el régimen de comunidad.**”

5°) Asimismo expresa que otra razón atendible para mantener el régimen vigente, es la evidente ventaja que significa para con los terceros el conocimiento de un régimen legal único pues hace fiable toda relación jurídica de los esposos con aquellos.

6°) No es un motivo atendible el llamado respeto a la autonomía de la voluntad o libertad de las personas, pues bajo ese argumento se pretende arrasar con la idiosincrasia de nuestro pueblo y comprometer la paz social y familiar.

POSICION FAVORABLE SIN RESERVAS

Los Dres. Berbere Delgado y Leandro Merlo, de la Universidad de Buenos Aires, propusieron de *lege ferenda*:

- a) La flexibilización del régimen de bienes a través de convenciones matrimoniales, rescatando la injerencia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges a efectos de regular efectos patrimoniales del matrimonio.*
- b) Se incorpore en nuestro sistema normativo los regímenes de separación y de participación en los adquiridos, como opción a convenir **-previo** a la celebración del matrimonio- el régimen de separación de bienes, como una opción legal.*
- c) Se propone como sistema legal supletorio, a falta de convención prematrimonial, el llamado régimen de participación en los adquiridos.*
- d) Debe posibilitarse a los contrayentes o cónyuges, la posibilidad de pactar la ley y jurisdicción aplicable en caso de conflicto respecto sus relaciones patrimoniales recíprocas.*
(En mi opinión, esta propuesta no se debe aceptar porque compromete el Orden Público de

un Estado. Es contrario al 1.217 del CC, que dice que el régimen patrimonial matrimonial es Imperativo).

- e) Debe permitirse la posibilidad de mutabilidad del régimen durante el matrimonio, a partir del quinto año de su celebración, **pudiendo reformularlo cada 5 años** e indefinidamente, toda vez que no se afecten intereses de terceros.*
- f) Como principio general, quien tenga aptitud nupcial, puede celebrar las convenciones. En el supuesto de los menores, para la celebración de los convenios, deberá contener el consentimiento de los representantes. Quien ya esté casado y pretenda cambiar de régimen, deberá estar a las reglas generales sobre capacidad. (Mi opinión: ¿Qué pasa si estos menores tienen deudas? ¿No deberían contemplarse los derechos de terceros?).*
- g) Las convenciones solo podrán ser hechas en escritura pública, so pena de nulidad.*
- h) Las convenciones deberán registrarse, mediante un sistema especial de registro, el cual deberá tener alcance nacional. Ninguna convención tendrá carácter de oponibilidad si no se encuentra inscripto en mencionado registro.*
- i) Debe establecerse un claro procedimiento de liquidación de bienes ante eventuales cambios de regímenes, con el objeto de que no se perjudiquen intereses de terceros.*
- j) Además de la posibilidad de pactar los cónyuges el régimen a que someterán las relaciones patrimoniales, **debe legislarse un régimen primario o sustancial**, que regule imperativamente determinados efectos patrimoniales, con el objeto de que tengan un marco de protección legal **que no vulnere** el orden público familiar, que pueda provocar situaciones de inequidad a algunos de los cónyuges.*

Los mismos juristas presentaron otra ponencia referida a las prestaciones económicas, tratando in extenso el tema de las prestaciones complementarias o compensatorias. Se advierte aquí, claramente, la importancia que se le asigna a la autonomía de la voluntad en las cuestiones de contenido patrimonial en el derecho de familia. Proponen “*de lege ferenda*”:

a) En el marco de una reforma legislativa a la normativa vigente como en el supuesto de una reforma que flexibilice el régimen patrimonial del matrimonio, deben incorporarse las “prestaciones compensatorias”, independientemente del régimen patrimonial impuesto por la ley o elegido eventualmente por los contrayentes, como régimen sustantivo primario, de carácter imperativo. En la propuesta se incluyen en general, las prestaciones complementarias como una forma de equilibrar el desbalance producido en los divorcios.

b) Dichas prestaciones, tenderán a morigerar el desequilibrio en la capacidad productiva de cónyuge que ha relegado su inserción laboral o desarrollo profesional, que impacte en el nivel de vida y la economía de quienes atraviesan la ruptura matrimonial.

c) A tal efecto, el cónyuge que, como consecuencia del divorcio o la separación personal, vea más perjudicada su situación económica, tiene derecho a recibir del otro una prestación compensatoria que no exceda el nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda razonablemente solventar el cónyuge obligado al pago.

d) La prestación compensatoria, no podrá solicitarla el cónyuge culpable del divorcio o la separación personal, o el de mala fe en los supuestos de nulidad de matrimonio, quedando a salvo su derecho a alimentos de toda necesidad conforme la normativa vigente.

e) Podrá exigirse al obligado al pago que otorgue garantías suficientes para asegurar su obligación.

f) El juez, para el otorgamiento de la prestación, deberá evaluar, entre otros aspectos, los roles que se adjudicaron los cónyuges durante la convivencia, sus cualidades profesionales, si uno proveyó de recursos al otro, o colaboró con éste en sus actividades y el tiempo de la convivencia matrimonial.

g) La fijación de la prestación, podrá serlo por un tiempo determinado, y con pautas modificatorias, atendiendo a las particularidades casuísticas.

h) Las prestaciones, pueden ser convenidas por los cónyuges, y la oportunidad para peticionarlas deberá ser el del momento de la liquidación del régimen, no pudiendo ser exigida con oportunidad a la partición.

i) Pueden imponerse, de acuerdo a cada caso, en la forma de capital, integrarse a la liquidación del régimen matrimonial, en forma de renta vitalicia, usufructo, y cualquier otro modo de obtención rentable y seguro ingresos.

j) La sentencia deberá establecer causales de cesación de la prestación, pudiendo ser una de ellas, la mejora notable de la condición de fortuna del beneficiario, o la adquisición de bienes por cualquier medio, que equilibren sustancialmente su patrimonio respecto el acreedor.

Posición de la Dra. Carolina Finocchio y Fernando Millán, muy interesante y categórica, pero con la salvedad de que sólo trataba de la “Necesidad de legislar un Régimen Primario”. En lo personal adherí integralmente a esta ponencia, que sostiene:

1. El Régimen de bienes del matrimonio, requiere una necesaria flexibilización, complementariamente con el derecho de opción del régimen patrimonial del matrimonio, es conveniente legislar un “Régimen Patrimonial Primario”.

2. Este Régimen Primario se reconocerá como el conjunto de normas, con la finalidad de reglar las cuestiones patrimoniales del matrimonio, que se aplicara de forma imperativa a todos los regímenes matrimoniales, de origen convencional o legal.

3. **Será necesario garantizar protección a la vivienda familiar**, y todos los bienes muebles que la componen, como así también delimitar con precisión la responsabilidad de los cónyuges en materia de asistencia mutua y el deber de contribución con las necesidades propias del hogar.

Advertimos en esta postura, la inclusión de la protección respecto a la vivienda familiar. Sostiene la autora que no existe familia sin hogar, y considera indispensable otorgar un régimen tuitivo mínimo al hogar familiar, entendiendo por este el lugar físico donde habita el grupo familiar, y que no se limita solo a la protección de la propiedad, sino que debe ser de carácter amplio, protegiendo el inmueble locado, prestado, usufructuado siempre que en él se encuentre radicado el hogar conyugal.

Ninguno de los cónyuges puede disponer unilateralmente sobre la vivienda, sin el asentimiento del otro. La formula “disponer unilateralmente sobre la vivienda” comprende todos los actos de disposiciones de contenido real, es decir la venta, permuta, usufructo, hipoteca, uso y habitación y también los actos de disposición de tipo personal como la locación y el comodato. Siempre que se restrinja el uso de la vivienda por uno de los cónyuges requerirá el asentimiento del otro. Este asentimiento podrá ser otorgado por un juez en caso de que uno de los cónyuges fuere incapaz, se encuentra impedido transitoriamente de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada en el interés familiar.

Igual protección debe garantizarse a los objetos que componen la vivienda, indispensables para el hogar, sin los cuales no se permitiría el desarrollo de los miembros de la familia.

Para el supuesto de vivienda única sede del hogar conyugal se podría garantizar su inembargabilidad, con una norma similar al Art. 58 de la Constitución de esta provincia⁴⁶.

Esta protección no debe extenderse al resto de las propiedades de los cónyuges que no sean sede del hogar conyugal, como pueden ser casas de fin de semana o de vacaciones.

La protección pretendida es superadora del actual art. 1.277 del Cód. Civ. ya que no debe ser relevante si el bien es propio o ganancial o si hay o no menores.

⁴⁶ Constitución Provincia de Córdoba. Art. 58. Vivienda. Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley. El Estado Provincial promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho. A tal fin planifica y ejecuta la política de vivienda y puede concertarla con los demás niveles jurisdiccionales, las instituciones sociales o con el aporte solidario de los interesados. La política habitacional se rige por los siguientes principios: 1. Usar racionalmente el suelo y preservar la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales y regionales de la comunidad. 2. Impedir la especulación. 3. Asistir a las familias sin recursos para facilitar su acceso a la vivienda propia.

POSICION SEPARATISTA Se agrega como parte integrante de este análisis, la ponencia presentada en esa oportunidad por el Dr. Eduardo Fanzolato, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Ver ANEXO I.

INMUTABILIDAD DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

Es preocupante que el Proyecto de 2012 establezca la posibilidad de cambiar el régimen cada dos años. En razón de ello, coincidimos con el Dr. Eduardo Fanzolato, quien en su trabajo: “Régimen de bienes. Derecho Comparado”, sostiene: “*El principio de inmutabilidad de los capítulos matrimoniales buscaría evitar que, durante el matrimonio, uno de los cónyuges - generalmente la esposa- **sufriera presiones psicológicas del otro**, quien, de esta manera, podría lograr ventajas en las convenciones acordadas pendiente vínculo, ventajas **que no responderían a la libre voluntad del consorte que las consentiría coaccionado moralmente**”.* “Muchos iusfamiliaristas afirman que las facilidades acordadas en algunas legislaciones para modificar convencionalmente el régimen de bienes durante el matrimonio, pasando de un régimen de comunidad a uno de separación, en la inmensa mayoría de los casos suelen utilizarse con fines reprochables: a) con el propósito de un esposo de defraudar a otro; b) para procurarse una mejor situación impositiva, o c) para sustraer maliciosamente bienes del patrimonio de un cónyuge deudor, en perjuicio de los acreedores personales que así verían disminuida o volatilizada la garantía patrimonial que conservasen hasta entonces” (pág. 429/430). Continúa el autor. “En ningún caso los terceros interesados podrán impedir la separación de bienes, judicial o convencional admitida por la legislación, pero ello no significa que estén desprotegidos frente a los riesgos que el cambio les pudiere generar”.

“Por eso es INDISPENSABLE QUE SE REGLAMENTE UNA PUBLICIDAD PREVENTIVA, que alertase a los interesados sobre la modificación del régimen de bienes, (...) debiendo estructurarse normas que DESACTIVEN TALES PELIGROS, evitando que los terceros puedan ser perjudicados en los derechos adquiridos durante la vigencia del régimen”.

En dicha obra el jurista y académico de número, analiza los distintos regímenes y la posibilidad de su mutación, existiendo una tendencia hacia la posibilidad de optar por un régimen estando facultados para mutar “pendiente matrimonio” la regulación convenida, con algunas restricciones.

Optar y mutar: Francia, Italia, España, Alemania, Brasil, provincias inglesas de Canadá, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Québec. **No aceptan el cambio**: En Uruguay es inmutable mientras dure el vínculo conyugal. En Turquía se puede optar **antes o durante** por el régimen de unión de bienes, por el de la comunidad universal o la comunidad de ganancias. En Chile es posible celebrar capitulaciones por escritura pública **antes de contraer matrimonio o durante el acto de celebración**. En Costa Rica las capitulaciones se pueden otorgar **antes o durante** la celebración de las nupcias.

Nuestra opinión:

La cuestión de la mutabilidad o no del régimen patrimonial matrimonial, nos encuentra en la postura que sostiene lo siguiente: Acepto la incorporación del régimen de separación de patrimonios como una alternativa supletoria a la ganancialidad, **de carácter FACULTATIVO E INMUTABLE. UNA VEZ OPTADO POR EL REGIMEN QUE IMPERARÁ EN LA SOCIEDAD CONYUGAL, ANTES O DURANTE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO, EL MISMO DEBERA PERMANECER SIN CAMBIOS DURANTE LA VIGENCIA DEL MISMO. En conclusión: no coincidimos con la posibilidad de sus renovación. En caso de persistir en la postura del Proyecto, no se advierte un EFICIENTE CONTROL REGISTRAL DE LAS INSCRIPCIONES QUE GARANTICEN LA PUBLICIDAD DE DICHOS CAMBIOS, los que generarán fraudes a terceros.**

CONCLUSIONES:

La Comisión, con el objeto de armonizar las normas del Derecho Argentino, con las vigentes en los países integrantes del MERCOSUR; propone:

1. Realizar una revisión integral y crítica del sistema vigente, el que debe mantenerse con tales ajustes, como sistema legal supletorio.
2. Admitir la posibilidad de optar por otros regímenes patrimoniales de matrimonio.
3. Establecer un conjunto de normas básicas, imperativas e inderogables, que regulen las cuestiones patrimoniales del matrimonio en todos los regímenes, sean convencionales o legales. Tales como: el deber de contribución entre cónyuges, la responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro para atender a las necesidades del hogar, la protección integral de la vivienda y de los enseres que le son funcionales.

4. Incorporar, a cualquiera de los sistemas que se seleccione, la previsión legal de las llamadas “prestaciones compensatorias” o “complementarias”. (Fanzolato, ponencia: Como una forma de disciplinar las inequidades y los indebidos enriquecimientos que pueden desencadenar los regímenes separatistas, similares a las que suelen producirse cuando termina una convivencia de hecho).

XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Córdoba, 24 a 26 septiembre de 2009.

COMISION DE DERECHO PRIVADO COMPARADO

FLEXIBILIZACIÓN DEL REGIMEN DE BIENES Y CONVENCIONES MATRIMONIALES.**Ponente: Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato.****ADMISION DE REGIMEN OPCIONAL****FUNDAMENTOS**

Defendemos la tesis de ampliar el sistema de regulación de los efectos económicos del matrimonio, reconociendo a los contrayentes la posibilidad de optar por el régimen de bienes de separación.

Cualquier reforma en tal sentido exigiría disciplinar los instrumentos correctores de las inequidades y de los indebidos enriquecimientos que el principio separatista (opuesto al de ganancialidad) puede desencadenar a la hora de disolverse el régimen. El régimen de separación, sin correctivos compensatorios, a la hora de disolverse el matrimonio, puede provocar verdaderas injusticias o, situaciones que repugnan a la equidad, similares a las que suelen producirse cuando termina una convivencia de hecho.

Asimismo consideramos indispensable una integral reelaboración legislativa del régimen vigente de sociedad conyugal el cual, según la Ponencia que sostenemos, quedaría como régimen legal supletorio. La normativa actual presenta múltiples dificultades hermenéuticas debido a sus normas anticuadas, contradictorias, de dudosa vigencia y presuntamente derogadas por reformas posteriores que, formalmente, no las dejaron sin efecto. Además existen carencias normativas inconcebibles respecto de la etapa de liquidación del sistema una vez disuelta la sociedad conyugal y, en especial, la regulación de las recompensas. Esta temática debería ser reglamentada, completándola con la más respetada doctrina nacional al respecto.

También se deberá ordenar un régimen patrimonial primario aplicable a toda convivencia matrimonial cualquiera sea el régimen de bienes (elegido o supletorio) reglamentando, entre otros aspectos: la contribución a las cargas del hogar; la responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro y la protección integral de la vivienda.

Motivaciones más comunes que fundamentan la opción separatista

Los motivos prácticos que se suelen esgrimir para defender la opción por un sistema económico conyugal separatista son variados:

1. Es el régimen que mejor se adecua a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de que gozan⁴⁷.

La opción de los esposos por un régimen separatista traduce la voluntad de ambos de asumir una vida matrimonial solo en los aspectos personales manteniendo la independencia de sus patrimonios como si fueran solteros.

Decía Savatier que “sólo se casan las personas; en cuanto a los patrimonios ellos permanecen como estaban antes, independientes”.

Existiendo separación de bienes, cada cónyuge conserva su patrimonio dissociado del patrimonio de su consorte y, por ende, retiene la propiedad, y el exclusivo uso, goce, y disposición de sus bienes y de los frutos de los mismos, tanto de los que sea titular a la fecha de comenzar el régimen como respecto de los que adquiriera, por cualquier modo legítimo, durante su vigencia.

Solo puede haber un régimen de verdadera separación de bienes cuando ambos cónyuges son capaces e iguales jurídicamente⁴⁸.

2. A menudo se sostiene que el régimen separatista, por su sencilla liquidación, coadyuva a *incrementar la nupcialidad* entre personas divorciadas que han padecido dolorosos litigios económicos con motivo de la disolución y el reparto de los bienes de la comunidad de gananciales vivida en sus matrimonios anteriores. Frente a tales lamentables experiencias, en caso de reincidir en uniones afectivas, en la actualidad prefieren esquivar el matrimonio debido su régimen comunitario imperativo y forzoso, y buscar el refugio de las simples uniones de hecho, no sujetas a reglas liquidatorias y particionarias de las utilidades logradas durante la convivencia. De esta manera evitan someterse a un régimen comunitario que los pondrían en riesgo de repetir las disputas particionarias en caso de fracaso de la nueva unión.

3. Otras veces la elección por la separación de bienes se realiza para vencer la resistencia de familiares próximos (en especial hijos de la unión anterior) o socios del pretendiente a bínubo, que rechazan la introducción en el grupo familiar o societario de nuevos miembros o partícipes con derechos a aspirar a posibles exigencias o reclamos divisorios de bienes o ganancias obtenidas durante la unión, en caso de disolverse las nuevas nupcias.

⁴⁷ Antecedentes Parlamentarios. Proyecto de Código Civil de la República Argentina. La Ley, año 1999. N° 7. Pág. 29 (en el capítulo de Fundamentos del Proyecto).

⁴⁸ El régimen solo podía funcionar plenamente cuando la legislación reconoce a la mujer la plena capacidad civil. En Francia esto ocurrió con la ley de 1942 que reconoce a la mujer separada de bienes el libre ejercicio de su capacidad civil. En 1965 se lo legisla como un verdadero régimen de bienes optativo o convencional. Se la propugnaba como una reivindicación feminista de los derechos de la mujer. La mujer separada de bienes quedó asimilada a un menor emancipado con capacidad para administrar sus bienes pero no podía disponer ni litigar sin autorización. CORNU, Gérard: Les régimes matrimoniaux. Presses Universitaires de France, París, 1984, pág. 726 y 727.

4. En ocasiones la opción por la separación de bienes está determinada por las edades de los contrayentes, matrimonios tardíos entre personas que poseen bienes considerables productores de rentas y que procuran mantener su patrimonio dentro de su familia consanguínea evitando la intromisión de “extraños” que podría producirse en caso de adoptar un régimen comunitario (porque las rentas serían gananciales compartibles).

5. También influye las diversas crisis económicas de los cónyuges, sus difíciles o riesgosos compromisos patrimoniales y el deseo de cada uno de permanecer al margen de la evolución patrimonial del otro.

6. Admitir esta opción implicaría armonizar nuestra legislación con la de los países del MERCOSUR ya que, tanto en Brasil, como en Paraguay y Uruguay se reconoce a la separación de bienes como régimen facultativo que funciona como una alternativa para los contrayentes o esposos frente a un régimen legal comunitario.

7. En los países con acendradas costumbres capitulares se suele mantener una “fidelidad y respeto” a las antiguas prácticas y ello determina que muchos contrayentes, por inercia, adopten la separación.

Por eso se suele afirmar que la separación de bienes no tiene raíces populares en la mayoría de los países iberoamericanos pero que, a los fines de satisfacer intereses sectoriales, o costumbres de muchos extranjeros que allí viven, determinados grupos defienden su institucionalización.

Argumentos en contra

Con frecuencia se advierte un sentimiento opuesto al régimen de separación de bienes, por considerarlo contrario a la comunidad de vida que conlleva el matrimonio y a la calidad de “consortes” que significa que comparten la misma suerte. Para quienes así piensan, el régimen inspira una cierta repugnancia aunque admiten que se justifica en determinadas situaciones, como las antes reseñadas.

Se ha difundido que la Iglesia rechaza el régimen de separación de bienes por ser opuesto a la esencia del matrimonio que implica una comunidad de vida en todos los aspectos, personales y económicos, materiales y espirituales. Sin embargo, un destacado civilista español, Rams Albeza, previene contra esta versión afirmando que cuando la Iglesia tenía poder temporal sobre los Estados Pontificios el régimen de bienes mayoritariamente imperante era un régimen separatista, a través de los parafernales del sistema dotal. Tratando de confirmar esta información, hemos logrado disponer de un ejemplar del Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli Affari Civili, aprobado y sancionado

por el Papa Gregorio XVI, por *motu proprio* de 1834 que, efectivamente confirma la versión de Joaquín Rams Albeza⁴⁹.

Recepción de los regímenes alternativos en la legislación extranjera

Numerosos sistemas legislativos actuales facultan a los futuros contrayentes para que, por medio de convenciones nupciales, opten por alguno de los diversos regímenes admitidos en el ordenamiento matrimonial. En caso de no elegir, los esposos quedan sujetos a un régimen legal supletorio. Así se dispone, por ejemplo, en *Brasil, Chile, Perú, Uruguay*⁵⁰. En *México* la elección es ineludible para casarse⁵¹.

Recepción legislativa del sistema de separación de bienes

El régimen de separación se aplica imperativamente en *Brasil* y *Portugal*, en determinadas situaciones⁵².

Es el sistema patrimonial que se practica en los matrimonios sujetos a las leyes islámicas.

En numerosos países de *common law* se lo aplica salvo lo dispuesto en las respectivas capitulaciones.

Se lo regula como **régimen legal** supletorio en: *Austria* (art. 1237); *Baleares* (para Mallorca y Menorca: art. 3; para Ibiza y Formentera: art. 66); *Cataluña* (arts. 10, 1º, 37 a 43); *Honduras* (art. 68); *Inglaterra*⁵³; *Japón* (arts. 755, 762, 768)⁵⁴; *Nicaragua* (art. 153); *Senegal* (art. 368); *Turquía* (art. 170).

⁴⁹ REGOLAMENTO LEGISLATIVO E GIUDIZIARIO PER GLI AFFARI CIVILE, emanado dalla Santità di Nostro Signore GREGORIO XVI, con Moto Proprio del 10 novembre 1834, esibito il 17 dello stesso mese negli atti dell'apolloni Secretario e Cancelliere della R.C.A. Roma MDCCCXXXIV. Dalla Tipografia Camerale.

⁵⁰ En *Alemania*, el régimen legal supletivo es el de participación en las ganancias (§ 1363 s.) pero se reglamentan los regímenes de elección facultativa que son: separación de bienes (§ 1414); comunidad de bienes (§ 1415 s.), con distintas alternativas en cuanto a la administración e, incluso, admitiendo que, mediante la capitulación, los contrayentes o los esposos acuerden la continuación de la comunidad de bienes tras la muerte de uno de ellos, entre el cónyuge superviviente y los descendientes comunes (§ 1483). En *Brasil*, el art. 1640 del Novo C.C., en vigencia desde el 01-01-2003, autoriza a los contrayentes a optar por cualquiera de los regímenes que regula el Código: comunidad parcial, comunidad universal, separación de bienes y participación en las ganancias. En caso de no efectuar esta elección se aplica, subsidiariamente, el régimen de comunidad restringida.

⁵¹ En México, los que pretenden contraer nupcias deben presentar un convenio ante el Juez del Registro Civil eligiendo entre la sociedad conyugal y la separación de bienes (art. 98, V). Cuando no saben redactar el convenio, el juez del registro civil debe redactarlo con los datos que les suministren los novios (art. 99).

⁵² Son hipótesis en que, al excluir la opción por la comunidad universal, se establece forzosamente el régimen de separación.

⁵³ Como en la mayoría de países de *common law* no se regula ningún régimen patrimonial, se considera que rige un sistema de separación de bienes, para significar que el matrimonio no repercute en el ámbito patrimonial de los esposos.

⁵⁴ Los anotadores de este Código manifiestan que aunque al régimen japonés se lo denomina sociedad de ganancias, sin embargo se lo reglamenta como un régimen muy próximo al de separación de bienes, donde sin duda la mujer no trabajadora queda bastante desprotegida (nota a la Sección segunda: "Del régimen económico legal"), nota al pie 44, pág. 230, Código Civil Japonés, con notas de Rafael Domingo y Nobuo Hayashi. Marcial Pons, Madrid, 2000.

Se lo normatiza como **régimen alternativo convencional** en: *Alemania* (§ 1414); *Bélgica* (arts. 1466 a 1469)); *Chile* (art. 1720); *El Salvador* (arts. 48 a 50); *España* (arts.1435 a 1442); *Francia* (art. 1536 y ssgts.); *Italia* (arts. 215 a 219); *Panamá* (arts.127 a 132); *Paraguay* (art. 70); *Perú*, (art. 327); *Portugal* (arts. 1735 a 1737); *Suiza* (art. 247 a 251); *Québec* (arts. 485 a 491); y *Uruguay* (arts. 1985 a 1996).

Mutación de régimen durante la vigencia del matrimonio

En cuanto a la posibilidad admitida en numerosas legislaciones de cambiar el régimen de bienes durante el matrimonio, muchos iusfamiliaristas afirman que el régimen de separación de bienes se presta a colusiones y maniobras de los cónyuges en perjuicio de terceros. Agregan que las facilidades acordadas en algunas legislaciones para modificar convencionalmente el régimen de bienes durante el matrimonio, pasando de un régimen de comunidad a uno de separación, en la inmensa mayoría de los casos suelen utilizarse con fines reprochables:

- a) con el propósito de un esposo de defraudar al otro; o,
- b) para procurarse una mejor situación impositiva; o,
- c) para sustraer maliciosamente bienes del patrimonio de un cónyuge deudor, en perjuicio de sus acreedores personales que así verían disminuida o volatilizada la garantía patrimonial que conservasen hasta entonces⁵⁵.

Para desactivar tales riesgos, la posibilidad de variar el régimen durante el matrimonio requiere reglamentar una necesaria publicidad previa al cambio y posterior al mismo y establecer un régimen de oponibilidad de la mutación frente a terceros de buena fe.

Por todo ello, proponemos la siguiente Ponencia:

PONENCIA

1. En Argentina el régimen legal de bienes en el matrimonio debe continuar siendo un régimen de comunidad relativa pero reconociendo a los contrayentes la facultad de optar por un régimen de separación.
2. Se impone una reelaboración integral del régimen de comunidad vigente a raíz de las múltiples dificultades interpretativas generadas por normas anticuadas, contradictorias, de dudosa vigencia y presuntamente derogadas por reformas posteriores que no las dejaron sin efecto formalmente. Además existen carencias normativas inconcebibles

⁵⁵ Henri FENAUX (R.T.D.C., n° 65, 1967) sostiene que, en el 90% de los casos, el cambio de régimen patrimonial persigue alguno de los fines poco confesables que hemos consignado en el texto.

respecto de la etapa de liquidación del sistema una vez disuelta la sociedad conyugal y, en especial, la regulación de las recompensas. Esta temática debería ser reglamentada, completándola con la más respetada doctrina nacional al respecto.

3. Cualquier reforma exige clarificar legalmente los temas básicos de un régimen patrimonial primario: contribución a las cargas del hogar, responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro y protección de la vivienda familiar, tanto frente a los actos negligentes del cónyuge titular del dominio como frente a las pretensiones persecutorias de los acreedores.
4. Por último se deben reglamentar las prestaciones compensatorias aplicables a la disolución y liquidación de cualquier régimen de bienes, legal supletorio u optativo

Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato
Profesor Titular y Director de la Carrera de
Especialización en Derecho de Familia
Facultad de Derecho U.N.Córdoba

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 20:30 horas, se procede a cerrar el acta dándose por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación se firma la presente, invitando a los miembros asistentes para el próximo encuentro a realizarse el día lunes 30 de Julio a la misma hora.

ACTA DE LA SEPTIMA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los treinta (30) días del mes de Julio del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática del **Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato, Dra. Alicia García de Solavagione, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal, Ab. Esp. Nélide Mariana Wallace y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, comienza la reunión tomando la palabra la Dra. Villagra de Vidal quien efectuó el trabajo que expondrá a continuación. Hace un esbozo de la metodología utilizada para el trabajo preliminar realizado, bosquejando el contenido. Menciona sobre la posibilidad futura de incluir en el referido trabajo, parte del Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998; contando con la aprobación de los demás integrantes de la Comisión. **A partir de la presente reunión se procede a grabar las reflexiones de sus integrantes, cuya posterior desgrabación se agrega al final de cada Acta, en forma analógica al método legislativo de “versión taquigráfica”, para enriquecer y complementar el contenido del estudio.** A continuación, comienza a exponer el contenido del mismo:

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Informe escrito elaborado por la Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal

Disposiciones generales

Convenciones matrimoniales

Objeto	446
Nulidad de otros acuerdos	447
Forma.....	448
Modificación del régimen.....	449
Personas menores de edad	450

Donaciones por razón de matrimonio

Normas aplicables.....	451
Condición implícita	452
Oferta de donación.....	453

Disposiciones comunes a todos los regímenes

Aplicación. Inderogabilidad.....	454
Deber de contribución.....	455
Actos que requieren asentimiento.....	456
Requisitos del asentimiento	457
Autorización judicial	458
Mandato entre cónyuges	459
Ausencia o impedimento	460
Responsabilidad solidaria	461
Cosas muebles no registrables	462

Régimen de comunidad

Disposiciones generales

Carácter supletorio.....	463
Bienes de los cónyuges	464
Bienes gananciales.....	465
Prueba del carácter propio o ganancial	466
Deudas de los cónyuges	
Responsabilidad.....	467
Gestión de los bienes de la comunidad	468
Bienes propios.....	469
Bienes gananciales.....	470
Bienes adquiridos conjuntamente	471
Ausencia de prueba.....	472
Fraude	473
Administración sin mandato expreso.....	474
Extinción de la comunidad	
Causas.....	475
Muerte real y presunta	476
Separación judicial de bienes.....	477
Exclusión de la subrogación	478
Medidas cautelares.....	479
Momento de la extinción	480
Indivisión postcomunitaria	
Reglas aplicables.....	481

Reglas de administración.....	482
Medidas protectorias.....	483
Uso de los bienes indivisos.....	484
Frutos y rentas	485
Pasivo.....	486
Efectos frente a los acreedores	487
Liquidación de la comunidad	
Recompensas	488
Cargas de la comunidad.....	489
Obligaciones personales	490
Casos de recompensas	491
Monto.....	492
Valuación de las recompensas	494
Liquidación.....	495
Partición de la comunidad	
Derecho de pedirla.....	496
Masa partible	497
División	498
Atribución preferencial.....	499
Forma de la partición.....	500
Gastos	501
Responsabilidad posterior a la partición	
por deudas anteriores	502
Liquidación de dos o más comunidades	503
Bigamia.....	504
Régimen de separación de bienes	
Gestión de los bienes	505
Prueba de la propiedad	506
Cese del régimen	507
Disolución del matrimonio	508

Régimen vigente:⁵⁶ caracterización⁵⁷:

Nuestro sistema se caracteriza de acuerdo a la **libertad de regulación** de que gozan los cónyuges de sus relaciones patrimoniales futuras: como legal e imperativo, ya que las únicas convenciones permitidas se refieren a la designación de los bienes que los futuros esposos aportan al matrimonio y las donaciones que los esposos se hicieran entre sí (arts. 1.217, 1.218 y 1.219 C.C., seg. Ref. ley 26.618).

Según la **libertad de modificación**, es un régimen inmutable, salvo la excepcional posibilidad de quedar bajo un régimen de separación de bienes sin que se disuelva el matrimonio, en los supuestos de separación personal (arts. 202 a 205 del C.C.) y las causales expresas de separación de bienes previstas en los arts. 1.290 y 1.294 del C.C. (arts. 1.261 y 1.219, conc. 1.306 del C.C.)⁵⁸.

De acuerdo a su **estructura y funcionamiento** se trata de un sistema de “comunidad”, pero “diferida” a la disolución y “restringida” únicamente a los gananciales (arts. 1.263, 1.271 y 1.315 del C.C.), de gestión separada pero importantes restricciones a la hora de decidir actos de disposición (arts. 1.276 y 1.277 del C.C.), de separación de deudas, como regla (art. 5º ley 11.357) con la posibilidad de que el otro cónyuge responda con ciertos bienes por las deudas que no contrajo cuando se trata de los supuestos contemplados en el art. 6 de la ley 11.357, y de partición por mitades de los bienes gananciales (art. 1.315 del C.C.), aunque algunos bienes no se reparten (“anómalos” art. 1.306, 1º y 3º párr.).

⁵⁶ Para conocer el panorama de Derecho Comparado se recomienda consultar el trabajo de Fanzolato, Eduardo I., “Régimen de bienes con especial referencia a la sociedad conyugal. Panorama general en Derecho comparado” en Méndez Costa, M.J., “Derecho de Familia Patrimonial”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, págs. 409 y ss.

⁵⁷ Sobre la caracterización del régimen de bienes vigente ver Méndez Costa, M.J., “Estudios sobre Sociedad Conyugal”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, pág. 77 y ss; Méndez Costa, M.J. y otros “Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982, t. I, pág. 281 y ss; Belluscio, Augusto C. “Manual de Derecho de Familia”, 7º Ed. Astrea, Bs. As. t. II, pág. 18; Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil Derecho de Familia”, t. I, Ed. Astrea, Bs. As., 1998, pág. 453 y ss; Mazzinghi, Jorge A. “Derecho de Familia” t. II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1972, pág. 104 y ss. Sobre el régimen anterior a la ley 17.711 y luego de la ley 11.357, ver Guaglianone, Aquiles H. “Régimen Patrimonial del Matrimonio”, Bs. As., 1968, pág. 83 y ss; y “Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal”, Ed. Ediar, Bs. As. 1965. Luego de la sanción de la ley 26.618 es de utilidad verificar los alcances de su reforma por Ferrer, Francisco A. M., “Esquema de la Sociedad Conyugal” en “Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil ley 26.618” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 199 y ss; Méndez Costa M.J. “La ley 26.618 y el Régimen Patrimonial Matrimonial”, págs. 235 y ss; Lloveras, Nora y otros “El Matrimonio Civil Argentino”, Ed. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2010.

⁵⁸ Argentina, Bolivia, Rumania y Cuba tienen un régimen de bienes forzoso; en estos países no hay posibilidad de variarlo convencionalmente ni antes ni después del matrimonio, es una imposición legal terminante. De esta manera la regulación económica del matrimonio es imperativa e inmutable. Otros sistemas facultan a los esposos realizar convenciones matrimoniales y cada legislación determina su contenido, y los sistemas varían entre aquellos que atribuyen plena libertad a los contrayentes para reglamentar sus relaciones económicas y los que establecen diversos regímenes entre los cuales pueden optar. En ambos casos hay legislaciones que incluso autorizan a los esposos a modificar el régimen durante la vida conyugal.

Ubicación dentro del Código Proyectado de las modificaciones que se proponen al régimen patrimonial del matrimonio.

El régimen patrimonial previsto para el matrimonio en el Proyecto se encuentra regulado en el **Título II del Libro II** relativo a las “Relaciones de familia”.

Luego de disponer lo pertinente al **Matrimonio** en el **Título I**, esto es, los principios (arts. 401 y 402), los requisitos y posibilidades de dispensa (arts. 403 a 409), la oposición (arts. 410 a 415), lo atinente a su celebración en su modalidad ordinaria como extraordinaria (arts. 416 a 422), como su prueba (art. 423) y las normas atinentes a la nulidad del matrimonio (arts. 424 a 430), como los derechos y deberes de los cónyuges (arts. 431 a 434), las causas de disolución del matrimonio (art. 435), y el proceso de divorcio (arts. 436 a 438) y sus efectos (arts. 439 a 445), regula lo referido al “**Régimen patrimonial del matrimonio**” en tres Capítulos: disposiciones generales, régimen de comunidad y régimen de separación de bienes.

En el **Capítulo 1** ordena las disposiciones generales comprendidas en tres secciones. En la **Sección 1º** regula lo relativo a las convenciones matrimoniales (arts. 446 a 450); en la **Sección 2ª** las donaciones por razón de matrimonio (arts. 451 a 453); y en la **Sección 3ª** engloba las disposiciones comunes a todos los regímenes (tanto de comunidad como de separación) (arts. 454 a 462), llamado régimen patrimonial primario⁵⁹, que se refieren al deber de contribución de los cónyuges (art. 455); lo atinente a la vivienda familiar y los muebles del hogar (art. 456 a 458) y el mandato entre cónyuges (arts. 459), imponiendo la regla de responsabilidad solidaria por las obligaciones para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos (art. 461), contemplando en esta última sección, la administración de cosas muebles no registrables (art. 462).

En el **Capítulo 2** de este **Título II**, regula el Régimen de Comunidad en ocho secciones. En la **Secc. 1ª** prevé las disposiciones generales (art. 463), en la **Secc. 2ª** se ocupa de los bienes de los cónyuges (arts. 464 a 466). En la **Secc. 3º** de las deudas de los cónyuges bajo el régimen de comunidad (arts. 467 y 468). En la **Secc. 4º** se dedica a la gestión de los bienes en la comunidad (arts. 469 a 474); en la **Secc. 5º** se ocupa de la extinción del régimen de comunidad (arts. 475 a 480); en la **Secc. 6ª** trata lo relativo a la indivisión postcomunitaria (arts. 481 a 487).

⁵⁹ Enseña Fanzolato en “Régimen de bienes con especial referencia a la Sociedad Conyugal ...”, ya citado, pág. 415, que sin perjuicio del régimen de bienes elegido, o con vigencia forzosa o supletoria, los ordenamientos matrimoniales actualizados contienen una normativa que rige en toda situación. Se trata de cuestiones que, por razones de equidad y de amparo a la familia y a los terceros, la ley no deja libradas a los preceptos comunes ni al arbitrio de los esposos sino que impone soluciones que en conjunto, integran una plataforma jurídica mínima, que gobierna a todos los matrimonios, cualquiera sea el particular régimen de bienes aplicable. Constituyen un régimen patrimonial básico o primario, propio de cónyuges sin fortuna, cuya observancia en general, resulta imperativa o inderogable. Reglamenta una problemática cotidiana, los aspectos habituales, domésticos, que se presentan en toda convivencia hogareña.

En la **Secc. 7º** se ocupa de la liquidación de la comunidad (arts. 488 a 494), y en la **Secc. 8º**, última sección de este capítulo, regula la partición de la comunidad (arts. 496 a 504).

En el **Capítulo 3** de este **Título II**, el Proyecto prevé lo atinente al Régimen de Separación de Bienes (arts. 505 a 508).

Completan el **Libro II**, los cinco Títulos restantes que regulan las uniones convivenciales (Título III, arts. 509 a 528), el parentesco (Título IV, arts. 529 a 557), la filiación (Título V, arts. 558 a 593), la adopción (Título VI, arts. 594 a 637), la responsabilidad parental (Título VII, arts. 638 a 704), y los procesos de familia (Título VIII, arts. 705 a 723).

Fundamentos que acompañan el Proyecto en relación al Régimen patrimonial del matrimonio:

El Proyecto “...admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio.

El régimen legal supletorio es el de comunidad fundado en ser: a) el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, en este momento.

Se regulan todos los detalles sobre el acuerdo inicial y el posterior modificatorio (contenidos admitidos, requisitos, forma, publicidad).

Contiene un Capítulo de normas comunes a todos los regímenes, inderogables por los cónyuges, destinado a la protección de los intereses familiares comprometidos. Este tipo de normas, conocido bajo el nombre de “régimen primario”, existe en la mayoría de las leyes del derecho comparado⁶⁰. En esta Sección común se regula: el deber de contribución; la protección de la vivienda mediante la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular y las consecuencias de su ausencia, falta o negativa; el mandato entre cónyuges; la responsabilidad por deudas y la administración de cosas muebles no registrables.

⁶⁰ Bélgica, Brasil, Costa Rica, Cuba, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Luxemburgo, Panamá, Paraguay, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Venezuela. Ver en Fanzolato “Régimen de Bienes. Derecho Comparado” en Méndez Costa “Código Civil...”, pág. 416, nota 3).

En orden al régimen de los bienes en el sistema de comunidad, se enumeran cuáles son considerados propios y gananciales, previéndose de manera expresa supuestos que son debatidos o generan posturas encontradas en la doctrina y jurisprudencia.

Se introducen modificaciones en lo relativo a la prueba del carácter de los bienes, previéndose que un cónyuge pueda requerir una declaración judicial en la que conste que un bien es propio, 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.

Se modifica la regulación sobre las deudas de los cónyuges; respecto de las deudas contempladas hoy en el artículo 6° de la ley 11.357, se prevé que los cónyuges respondan en forma solidaria con todos sus bienes, con la limitación de que, si el matrimonio se rige por el régimen de la comunidad de gananciales y si se trata de deudas por gastos de conservación y reparación de bienes gananciales, el cónyuge que no las contrajo responde sólo con sus bienes gananciales y no con sus otros bienes.

Se explicita la noción de recompensa y se soluciona un supuesto debatido en la jurisprudencia, vinculado al régimen societario y de los fondos de comercio.

Se regula en una Sección particular la gestión de los bienes en el régimen de comunidad, diferenciándose si se trata de bienes propios, gananciales o adquiridos conjuntamente. Se dispone que los actos otorgados por uno de los cónyuges dentro de los límites de sus facultades con el fin de defraudar al otro cónyuge son inoponibles a éste y que si uno de los cónyuges administra bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios según el caso.

Se prevén las causas de extinción de la comunidad, siendo la separación judicial de bienes una de ellas, figura a la cual se introducen modificaciones en las causas que puedan dar lugar a su solicitud. 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, la sentencia 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 extensión del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho.

Se regula la indivisión postcomunitaria. Los cónyuges pueden acordar las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos. Se prevé expresamente el deber de informar un cónyuge al otro la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria con

antelación razonable, pudiendo el otro cónyuge oponerse judicialmente. Se establecen ciertas reglas relativas al uso y goce de los bienes indivisos, a los frutos y rentas, a la rendición de cuentas y a la compensación a la masa por el uso y goce exclusivo por parte de uno de los cónyuges desde que se le solicitó. Se contempla que durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de la responsabilidad solidaria y se reconoce a los terceros acreedores el derecho a subrogarse en los derechos del cónyuge deudor para solicitar la partición de la masa común.

Se regula la etapa de liquidación de la comunidad seguida de la extinción y, especialmente, la cuestión relativa a la prueba, monto y valuación de las recompensas. Se resuelve otra cuestión discutida en la jurisprudencia, estableciéndose que cada cónyuge responde con sus bienes propios y la porción de gananciales que se hayan adjudicado, por las deudas contraídas después de la partición y antes de la liquidación. Se prevé la atribución preferencial de determinados bienes y que el inventario y la división de los bienes se realizan de conformidad a las reglas de la partición de las herencias.

El régimen de separación está presidido por el principio de libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge, con las limitaciones previstas en el Título referido a los actos que requieren asentimiento y al deber de contribución. Se dispone el principio de libertad probatoria para demostrar la propiedad exclusiva de un bien. La idea comunitaria ingresa al régimen de separación al establecerse que si no se puede acreditar la propiedad exclusiva, se presume que el bien pertenece a ambos cónyuges por mitades.

Se prevén dos causales de cese del régimen: 1) disolución del matrimonio; y 2) modificación del régimen de separación de bienes convenido”.⁶¹ y ⁶²

Reflexiones preliminares sobre las ventajas y desventajas de lo proyectado:

Metodología:

Se realizará una referencia sucinta del régimen vigente, luego cómo estaba prevista la cuestión en el Proyecto del año 1998 en lo posible mediante citas al pié, se consignará en negrita y enmarcado el nuevo texto del Proyecto bajo análisis, y las reflexiones que preliminar y

⁶¹ Han habido varios intentos infructuosos de reforma integral del Código civil: el Anteproyecto de Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, el Proyecto de Unificación de 1987, aprobado por ley 24.032, la que fue vetada íntegramente por decreto 2719/99, el Proyecto de la Comisión Federal de 1992, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1992, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998.

⁶² Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en “Código Civil y Comercial de la Nación” Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, Ed. La Ley, 2012, pág. 480/486.

provisoriamente se advierten de su comparación, señalando las ventajas y desventajas de las modificaciones propuestas⁶³.

Convenciones prenupciales:

Entrando al análisis del articulado propuesto, cabe comenzar con la regulación de las convenciones prenupciales.

Entendemos como “convenciones prenupciales”⁶⁴ como aquellos acuerdos entre futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que resuelven someterse durante su matrimonio, o el que tiene por objeto reglar alguno o algunos aspectos de sus relaciones patrimoniales, una vez contraído. En el régimen vigente lo relativo a las convenciones matrimoniales está regulado en los arts. 1.217 a 1.219 del C.C.

De acuerdo a lo que actualmente prevé el **art. 1.217 del C.C. seg. ref. ley 26.618**, los futuros contrayentes sólo pueden acordar la “...*designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio*” y “*las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro*”⁶⁵.

⁶³ Resulta ilustrativo para poner de resalto la diversidad de opiniones que genera la admisión de un régimen electivo, consultar los despachos de la Comisión n° 5 sobre “La autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales de familia” abordada por las **XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Santa Fe, 1999**, en donde no hubo despachos unánimes al respecto. Así sobre la conveniencia de la modificación el despacho (a) propuso “*debe mantenerse el régimen único, legal, forzoso e inmodificable, actualmente vigente*”, en tanto que el despacho (b) propuso “*los cónyuges deben tener la facultad de optar por un régimen distinto al legal supletorio, que debe continuar siendo el de comunidad de gananciales*”. La cita es oportuna ya que estas Jornadas tuvieron lugar luego de que se pusiera a consideración de la comunidad la propuesta que ya contenía el Proyecto del año 1998 y que de acuerdo a sus mentores se trataba quizás de la modificación más importante que traía ese Proyecto. Tampoco hubo acuerdo sobre los alcances de la opción. Así se advierte la falta de unanimidad en los despachos al señalar “*la facultad de optar debe limitarse: a) al régimen de separación de bienes; b) al régimen de participación en las ganancias; c) al régimen de separación de bienes o al régimen de participación en las ganancias*”; “*los cónyuges deben contar con la facultad de pactar cláusulas modificatorias del régimen por el que optan*”. A su vez sobre el tiempo de la opción: despacho (a) “*la opción sólo puede realizarse antes de la celebración del matrimonio*”; despacho (b) “*la opción o modificación de la anteriormente hecha también puede ser realizada durante el matrimonio*”; (c) “*en ningún caso se admitirá la posibilidad con posterioridad a la celebración del matrimonio, el cambio convencional del régimen de comunidad de gananciales al de separación de bienes*”, ver en “Conclusiones de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1927 - 2003”, Ed. La Ley, pág. 190.

⁶⁴ También se las denomina “contratos de matrimonio”, “convenciones nupciales”, “convenciones matrimoniales”, “capitulaciones matrimoniales”. Para Fanzolato en “Código Civil Comentado”, citado, pág. 425 y ss enseña que “capitulación matrimonial” es un convenio celebrado entre los futuros esposos con el objeto de escoger o diseñar el régimen de bienes al que quedarán sujetas, durante el matrimonio, las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y de éstos con relación a terceros o bien precisar sólo ciertos aspectos de sus relaciones patrimoniales. La capitulación es un negocio jurídico bilateral que no configura propiamente un contrato, sino que es una convención. En la nota n° 13 de op. cit. pág. 425, recuerda Fanzolato citando a Aparicio que según Duranton, “todo contrato es una convención pero no toda convención aunque tenga efectos civiles, es un contrato” y aclara “la convención es un acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico. Para esta tesis restrictiva, el contrato es la especie particular y circunscripta de convención destinada a crear obligaciones. Los actos jurídicos que no crean obligaciones como la novación, la remisión de deuda, dación en pago, no son contratos, sino importan expresiones de la noción más genérica de convención...”, sin embargo concluye ¿qué utilidad práctica importa ensayar un doble orden de categorías conceptuales, para distinguir lo que perteneciendo a un género común está regido por las mismas disposiciones básicas?

⁶⁵ La ley 26.618 de Matrimonio civil recientemente sancionada y que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, modificó la previsión original del código que prohibía expresamente que la esposa hiciera por el

De acuerdo a lo que comenta Méndez Costa⁶⁶ la mayor aplicación práctica que se registra en nuestro país se observa en algunas sedes notariales y se trata de supuestos de segundas u ulteriores nupcias y agregos, se corresponden con matrimonios -por lo general- celebrados por extranjeros en donde sus legislaciones nacionales se los permiten, de manera que actualmente sólo revisten interés en el campo del derecho internacional privado⁶⁷.

En el inc.1º la convención matrimonial permite preconstituir la prueba del carácter propio de los bienes muebles incluidos en él, ya que respecto de los inmuebles el carácter se deriva del título de adquisición. Puede acompañarse al inventario una tasación (arts. 1.251 y 1.256), y nada impide que los esposos también enuncien las deudas que tengan contraídas⁶⁸.

Resta verificar cuál es el alcance o utilidad que se le puede otorgar a esta enunciación pero es claro que ella **no impide la ejecutabilidad de todos los bienes del esposo deudor por las deudas anteriores o posteriores sobre todos los bienes de su propiedad, sean propios o gananciales (art. 5 de la ley 11.357 y art. 1276 del C.C.)**⁶⁹.

En el régimen propuesto en el Proyecto del año 1998 y de acuerdo a sus fundamentos⁷⁰, los contrayentes tienen opción para elegir entre dos regímenes de bienes, siendo supletorio el de comunidad, y pueden cambiar el régimen durante el transcurso del matrimonio.

Al presentar el Proyecto expresan sus mentores que ***“es la modificación más evidente y posiblemente, más importante que trae el Proyecto...”***, **pero acto seguido aclaran que no contaba con el apoyo unánime de la Comisión formada al efecto**⁷¹.

contrato de matrimonio donaciones a su esposo, con un fundamento moral, pues consideraba que su fin era comprar un marido, permite señalar que actualmente se tornan posibles las donaciones de ambos contrayentes entre sí. No obstante que la reforma no tocó el art. 1231 ha de considerarse tácitamente derogado por el principio general del art. 42 de la ley 26.618.

⁶⁶ Ver comentario art. 1.219 del C.C. en Méndez Costa M. J. en “Código Civil Comentado...”, ya citado, pág. 13 y ss.

⁶⁷ Fanzolato: “Código Civil...”, citado, pág. 417, expresa que: la distinción entre efectos económicos comunes del matrimonio y régimen de bienes propiamente dicho, es útil en derecho internacional privado, porque los dos cuerpos de normas no tienen el mismo punto de conexión. Aunque no hay una solución idéntica en todos los países, en general las relaciones personales (que comprenden las reguladas por los mencionados preceptos básicos) se rigen por la ley del domicilio efectivo, donde los esposos viven de consuno, mientras que las convenciones matrimoniales y el régimen de bienes se gobiernan por la ley del primer domicilio conyugal, es lo que disponen nuestros arts. 162 y 163 del C. Civil. En las V Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971, Tema VII “Efectos en la República de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero” se recomendó que se incorpore una norma que disponga *“las convenciones matrimoniales se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley de situación de los bienes (conf. art. 106 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940)...primer domicilio conyugal es el primer lugar en que, después de la celebración del matrimonio, los cónyuges residen de manera habitual de consuno...los matrimonios cuyo domicilio se traslade a la República deberán inscribir sus convenciones matrimoniales en un registro especial, conforme a las reglamentaciones internas”*.

⁶⁸ Méndez Costa, M.J. “Código Civil Comentado” Derecho de Familia Patrimonial arts. 1.217 y 1.322, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 13 y ss.

⁶⁹ De ineludible consulta la obra de la Dra. Méndez Costa “Las deudas de los cónyuges”, Ed. Astrea, Bs. As., 1979.

⁷⁰ “Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio Nota de Elevación Fundamentos y Legislación comparada”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 35.

Allí refieren que se decidió **por mayoría** la modificación⁷² y **no se fundaron en la experiencia local** sino en “*los criterios del derecho extranjero que la consagra con muy limitadas excepciones*”⁷³. En ese Proyecto se especifica que “*es el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de que gozan*”, como si el sistema vigente no lo fuera, omitiendo señalar cuáles fueron los parámetros que tuvieron en cuenta para afirmar que el vigente no consolida la igualdad de los cónyuges y la plena capacidad que tiene cualquiera de los integrantes de la pareja para decidir cada uno sobre la administración de sus propios bienes⁷⁴.

Se afirma en los fundamentos que parece “*el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de nuestro tiempo y lugar*”, sin ensayar una mínima descripción de cuál es esa realidad y qué los impulsa a importar una práctica ajena a nuestras costumbres e idiosincrasia⁷⁵ y que al menos en abstracto, no se sienta en ningún principio de justicia o equidad ni apareja objetivamente ningún beneficio para el matrimonio, considerado como una unidad⁷⁶ y⁷⁷.

⁷¹ la Comisión estaba formada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal y Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

⁷² Al comentar el esquema actual de la sociedad conyugal Ferrer, Francisco A.M. en “Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil – Ley 26.618”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 200 comenta que el sistema argentino constituye un estatuto legal forzoso, imperativo e inmutable que sólo deja un mínimo de margen a la libertad convencional de los esposos, y comienza a regir automáticamente a partir de la celebración del matrimonio, prescindiendo de la voluntad de los contrayente. No hay ninguna posibilidad de opción por otro régimen, como ocurre en la generalidad de las modernas legislaciones y como lo Propuso el Proyecto de Código Civil de 1998 (establece como opcional el régimen de separación de bienes). A su juicio se perdió así la oportunidad de actualizar nuestra legislación y ponerla a tono con las demás de los países del Mercosur.

⁷³ Bolivia, Cuba y Rumania a más de nuestro país, son los que conservan el carácter imperativo del régimen de comunidad.

⁷⁴ Sistema de administración separada y separación de deudas con algunas excepciones en los supuestos de disposición de algunos bienes gananciales o el hogar conyugal o propio, aún luego de disuelta, conforme lo prevén los arts. 1276 y 1277 del C.C. y arts. 5 y 6 de la ley 11.357. Debe recordarse que la limitación prevista en el art. 1277 del C.C. rige tanto en su propio interés en función de la expectativa de participación o en protección del interés familiar, véase Fanzolato, Eduardo I., “El asentimiento conyugal”, Ed. Propia, 1986, Córdoba, pág. 47 y ss.

⁷⁵ Ya Vélez Sársfield en la nota al art. 1217 del C.C. expresaba: “*Casi en todas las materias que comprende este título, nos separamos de los códigos antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislación sobre los bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislación de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotales...*” luego de señalar la costumbre europea de hacer contratos entre esposos y las leyes españolas de esa época que también los permitían, reflexiona “*desde el primer momento debían sentirse las consecuencias de tales facultades...leyes que fueron el origen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias...*”, por lo que termina concluyendo que “*esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace más felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país...la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros...*”.

⁷⁶ Ver diferentes opiniones de la doctrina en XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, Comisión n° 5, relacionadas en la nota n° 7.

⁷⁷ Ciuro Caldani al tratar “Bases culturales del Derecho Internacional Privado de Familia” en “Derecho de Familia” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Familia y Derecho Internacional Privado”, N° 30 Marzo/Abril 2005, Dir. Cecilia Grosman, Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2005, pág. 35, reflexiona “*las bases del régimen familiar occidental han sido relativamente diferentes de las del ámbito patrimonial y han tenido una evolución en cierta medida específica. Vale adelantar que, en tanto lo patrimonial se ha apoyado especialmente en el legado romano y ha desarrollado despliegues contractuales, los despliegues familiares, sobre todo personales, se han*

Reflexiona Fanzolato⁷⁸ que “*el régimen de separación, sin correctivos compensatorios, a la hora de disolverse el matrimonio, puede provocar situaciones de aprovechamiento indebido que repugnan a la conciencia y a la equidad, similares a las que suelen producirse cuando termina una convivencia de hecho. Por eso nos parece desacertado e imprudente que el Proyecto de nuevo Código civil argentino (que regula el régimen de separación) omita la reglamentación de las adecuadas prestaciones compensatorias que, si bien no han sido concebidas pensando sólo en los regímenes separatista, ni con la única finalidad señalada, constituyen el instrumento jurídico más apto para contrarrestar las fallas del sistema, equilibrando la situación de las partes, después del divorcio*”⁷⁹.

La realidad al menos de este siglo XXI es que las convivencias extramatrimoniales y los matrimonios consideran a los bienes gananciales que cualquiera de los esposos o que la pareja adquiere durante la convivencia, como una copropiedad de ambos esposos o convivientes⁸⁰, **sin un adecuado correlato ni con el sistema vigente ni con el propuesto**, si bien no puede negarse que algunas parejas no se casan para evitar precisamente esta comunidad, en especial, cuando se trata de nupcias posteriores a la primer unión, lo cierto es que no se citan en los fundamentos estudios o estadísticas que permitan diagnosticar cuál fue la “realidad nacional”⁸¹ que habrían

basado de modo principal en la herencia judeocristiana y han adquirido, en relación a ella, sentidos más institucionales y organicistas”, concluye luego señalando (pág.49) “como ocurre con las respuestas jurídicas y culturales en general, los elementos básicos de la cultura occidental, y ésta en su conjunto, viven fenómenos de estabilidad, “plusmodelación” y “minusmodelación”, en lo fáctico y lo conceptual. En nuestros días (no obstante cierta “civilización” o “continentalización” del common law) hay una importante “plusmodelación” fáctica y conceptual de los modelos de las raíces romanas y la presencia anglosajona. En un despliegue inverso, se presenta una “minusmodelación” de las otras raíces y los despliegues no anglosajones. Esto conduce a la patrimonialización de la familia”.

⁷⁸ Fanzolato, E.I. “Prestaciones compensatorias y alimentos entre cónyuges”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Separata de la Revista 2001-1 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, pág. 34.

⁷⁹ Cabe reconocer que la objeción que el Prof. Fanzolato señaló al anterior Proyecto de unificación, ha sido escuchada parcialmente ya que en el Proyecto ahora bajo estudio se prevé en el art. 441 como un efecto posterior al divorcio (también la nulidad en el art. 428 que remite a éste) la compensación económica en los siguientes términos “*el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez*”, estableciendo en el artículo siguiente cómo el juez debe determinar la compensación en caso de falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador.

⁸⁰ Recuerda Fanzolato al comentar el art. 1.277 del C.C. en “El asentimiento conyugal” citado, pág. 47, que los conflictos que esta norma suele generar entre los cónyuges la mayoría obedecen a la ignorancia de los esposos acerca de los derechos actuales que tienen sobre los gananciales producidos por el otro; por ejemplo exigiendo indebidamente una parte proporcional del precio de venta.

⁸¹ Resulta interesante al respecto consultar el trabajo realizado por Elizabeth Jelin “Familia en Argentina” en “La Familia en el Nuevo Derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 135 y ss. cuando acerca datos sociodemográficos acerca de la familia y la estructura de los hogares: la conyugalidad, la nupcialidad y el divorcio, el comportamiento reproductivo y la fecundidad. Allí puede leerse que no obstante el aumento de la convivencia y su expansión desde las áreas rurales hacia las poblaciones de clase media urbana que llegó al 21% en 2001 en la Ciudad de Bs. As. y afirma que el casamiento legal es cada vez más el segundo paso en el proceso de formación familiar, siendo la convivencia el primer paso más frecuente, hay una aceptación muy grande de la institución del

considerado los proponentes de la adopción de costumbres extranjeras que, aunque conocidas al tiempo de la sanción del primigenio código⁸², nunca arraigaron en nuestros usos⁸³, ni menos aún, la medida del beneficio que una modificación semejante pudiera acarrear a las familias, sea para sustentar la igualdad de los cónyuges, que reitero se mantiene en el régimen vigente, o sea para sustentar otro propósito más individualista o más inequitativo o injusto, obviamente no declarado⁸⁴.

Proyecto actual:

De la lectura de los fundamentos del Proyecto actual por el contrario, **se reconoce con claridad que el sistema de comunidad, previsto en el Proyecto como régimen legal supletorio**, es el sistema *“más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina...”* aunque a continuación agregan *“...en este momento...”*, por lo que no se logra comprender por qué motivos tanto en el Proyecto del año 1998 como en el que ahora nos ocupa, **se propicia la elección de un régimen de separación** cuando al mismo tiempo se reconoce que no es el más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y su plena capacidad, ni tampoco se adapta a la realidad de las familias, **salvo que lo que realmente se busque sea modificar esa realidad hacia el futuro, sin explicitar con convicción suficiente, que esta elección beneficia realmente a ambos integrantes de la pareja por igual, o en definitiva a las familias en general, o si realmente lo que se busca es beneficiar a alguno de los integrantes de la pareja, o a la familia a la que este contrayente ya pertenece, con independencia de la nueva familia que busca conformar con el otro contrayente.**

matrimonio en general y de sus beneficios para los hijos en particular, afirmando *“de hecho, ha aumentado el convencimiento de los argentinos de la validez de la institución del matrimonio...la mayoría aún piensa –y con más fuerza que antes- que el matrimonio no es una institución fuera de moda, que los hijos se crían mejor cuando están juntos a los dos padres y que las mujeres necesitan tener hijos para sentirse realizadas (Binstock y Cerrutti, 2002)”*.

⁸² Ver reflexiones de Vélez Sársfield transcritas en la nota n° 19.

⁸³ Ferrer, op. cit. pág.201 refiere que en nuestro país en la práctica no se usan las convenciones matrimoniales porque no estaban en las costumbres y por la rigidez de nuestro sistema.

⁸⁴ Al comentar el derecho comparado Fanzolato recuerda que *“en Canadá, salvo en Quebec hasta la década de 1970, siguiendo los lineamientos de la common law inglesa, de facto existía una separación de bienes entre los cónyuges; el sistema recibió duros reparos debido a los serios desequilibrios económicos que al disolverse el matrimonio solía experimentar el cónyuge que, sin desempeñar actividades remuneradas, se dedicaba a las tareas del hogar o a colaborar de buena voluntad en una explotación familiar. Las críticas arreciaron especialmente después del caso “Murdoch”, resuelto por la Corta Suprema en 1973. A partir de entonces, además de Quebec, en todas las provincias de habla inglesa se promulgaron leyes relativas a las relaciones patrimoniales entre esposos, en las que de alguna manera se reconoce que al finalizar la unión, cada cónyuge tiene ciertos derechos sobre determinados bienes adquiridos por el otro. Todo sin perjuicio de facultarlos a elegir antes o después del matrimonio un régimen de bienes diverso del legal”*.

Si como necesario correlato de admitir la opción por el régimen de separación, el mismo Proyecto incluye normas comunes a todos los regímenes inderogables por los cónyuges, destinadas a la protección de los intereses familiares que podrían verse comprometidos por el régimen de separación, oportuno es remarcar que ello implica reconocer que la elección de un régimen semejante (que en el sistema vigente existe, pero es de excepción), genera innumerables cuestiones de desequilibrio entre los miembros de la pareja que deben necesariamente prevenirse⁸⁵, lo que autoriza al intérprete a preguntarse si realmente se trata de un cambio positivo.

Fanzolato⁸⁶, enseña que el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa ha efectuado una serie de Recomendaciones (R 89-1) señalando que “*después de un divorcio, lo ideal sería que cada parte, en la medida de lo posible, logre independencia económica, subviniendo ella misma a sus propias necesidades...*”; agregando: “*este objetivo podría alcanzarse a través de una reglamentación apropiada: a) de los regímenes matrimoniales, especialmente acordando a uno de los esposos el derecho de obtener una parte equitativa de los bienes del otro...*”. Como se ve el régimen de comunidad que en nuestro país es un régimen imperativo, intrínsecamente aparece como un modo ideal o más justo para que cada cual luego del divorcio cuente con medios suficientes para autoabastecerse, es decir, que la distribución de los gananciales por mitades conlleva una distribución equitativa entre los esposos y al menos en abstracto, permite asumir un mejor inicio de la autonomía económica del cónyuge divorciado.

La consulta de las Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil permite afirmar que no existe unanimidad en la doctrina sobre la conveniencia de las reformas propuestas⁸⁷.

⁸⁵ Fanzolato, en “Prestaciones Compensatorias y Alimentos entre Cónyuges”, Separata de la Revista 2001-1 de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, enseña que el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa ha efectuado una serie de Recomendaciones (R 89-1) señalando que “*después de un divorcio, lo ideal sería que cada parte, en la medida de lo posible, logre independencia económica, subviniendo ella misma a sus propias necesidades. Este objetivo podría alcanzarse a través de una reglamentación apropiada: a) de los regímenes matrimoniales, especialmente acordando a uno de los esposos el derecho de obtener una parte equitativa de los bienes del otro...*”. Como se ve el régimen de comunidad que en nuestro país es un régimen imperativo, intrínsecamente aparece como un modo ideal o más justo para que cada cual luego del divorcio cuente con medios suficientes para autoabastecerse, es decir, que la distribución de los gananciales por mitades conlleva una distribución equitativa entre los esposos y al menos en abstracto, permite asumir un mejor inicio de la autonomía económica del cónyuge divorciado.

⁸⁶ “Prestaciones Compensatorias y Alimentos entre Cónyuges”, Separata de la Revista 2001-1 de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

⁸⁷ Así se observa que en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bs. As., 1987 en la Comisión n° 5, “Régimen patrimonial del matrimonio: reformas posibles” se aprobaron los siguientes despachos: “*debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen las relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones, se aplicará un régimen legal supletorio.*”; “*cualquiera sea el régimen del matrimonio que se adopte, ambos cónyuges*

Del cotejo del Proyecto del año 1998 referido, con el que ahora se propugna, advierto que en lo general se mantiene el tenor del Proyecto anterior.-

El art. 446 del nuevo Proyecto, es casi idéntico al art. 438 del Proyecto del año 1998⁸⁸, sólo difiere en la mención final del inc. b)⁸⁹

Expresamente dice:

Art. 446. Objeto:

Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, b) La enunciación de las deudas; c) Las donaciones que se hagan entre ellos; y d) La opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este código.

El art. 447 ahora proyectado sólo difiere en el título que ahora habla de “*nulidad de otros acuerdos*”, en vez de invalidez⁹⁰. Y dice:

Art. 447. Nulidad de otros acuerdos:

Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor.

En lo que se refiere a la **forma de la convención matrimonial**, no se advierte en el actual art. 448 del Proyecto una diferencia sustancial con el Proyecto del año 1998⁹¹. Sólo en la última parte en lo que concierne a la eficacia frente a terceros en donde se dispone “*que debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio*”, de donde se desprende que se busca resguardar el modo en que se registre la mención del otorgamiento del convenio, no bastando la sola mención de la elección del régimen durante la celebración, sino es necesario que esa referencia se

deben responder con todos sus bienes por las obligaciones contraídas por uno u otro, para atender a las necesidades del hogar y la educación de los hijos. En el régimen patrimonial vigente, en todos los casos del art. 6° de la ley 11.357 ambos cónyuges debieran responder con todos sus bienes propios y gananciales”, en tanto que con posterioridad en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Rosario en 1999, no se arribó a ningún despacho unánime ver nota n° 7.

⁸⁸ Este decía: “Art. 438. Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) La enunciación de las deudas, si las hay; c) Las donaciones que se hagan entre ellos; d) La opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código.”

⁸⁹ Lo que no reitera es la expresión final “si las hay” refiriéndose a las deudas.

⁹⁰ El art. 439 del Proyecto del año 1998 dispone “*Invalidez de otros acuerdos. Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor*”.

⁹¹ En el Proyecto del año 1998 en la cuestión atinente a la forma, expresa el art. 440: “*Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del art. 438, inc. d) produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio*”.

consigne al margen del acta respectiva.

En efecto así dispone:

Art. 448. Forma:

Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

En cuanto a la **posibilidad de modificar el régimen elegido**, puede leerse en los fundamentos del Proyecto del año 1998 que se ha previsto la protección de terceros frente a la posibilidad que consagra para cambiar el régimen pendiente la unión. Agregan que su fuente inmediata fue el Proyecto preparado por la Comisión designada por el decreto 468/92 (arts. 495 a 571 y a sus notas) por lo que se remite a ellas, aclarando que trabajaron sobre él y le introdujeron algunas modificaciones. Agregan que la obligación de contribución de los esposos en ese Proyecto, se extiende a las necesidades de los hijos incapaces de uno de ellos que convivan con el matrimonio.

A su vez, del cotejo del art.441 del Proyecto del año 1998 con el que ahora se propone, se **advierte con claridad que se han introducido modificaciones por demás importantes.**

En efecto el art. 441 del Proyecto del año 1998 dispone “...*después de la celebración del matrimonio el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos (2) años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la debe homologar si no la encuentra contraria al interés de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un (1) año a contar desde que lo conocieron*”.

Por un lado, la decisión de modificar el régimen queda exclusivamente circunscripta al otorgamiento de una nueva escritura. Se elude todo control judicial en protección al interés de la familia. La sola decisión de los contrayentes es suficiente para mutar el régimen elegido.

También se reduce el tiempo de vigencia mínimo previsto para cambiar el régimen

patrimonial anterior (de dos años a sólo uno) de manera que al menos hipotéticamente, todos los años los cónyuges pueden modificar el régimen patrimonial al que se hallan sujetos en la medida en que cumplan los requisitos formales y de registración previstos en la norma. No se advierte la ventaja de semejante libertad.

No sólo se elude todo control judicial que preventivamente se pudiera efectuar para dotarlo de vigencia, sino además se elude toda intervención del Ministerio Pupilar en los actos extrajudiciales que puedan ser de interés a los hijos menores de edad o incapaces⁹² impidiendo que el Estado a través de sus organismos predispuestos, pueda actuar en protección el mejor interés del menor contraviniendo el mandato constitucional.

Se pueden advertir los alcances impensados que esta facultad conyugal pueda tener en las relaciones patrimoniales recíprocas y con terceros, sobre todo si se considera la inexistencia de una costumbre social en recurrir a este tipo de convenciones.

Recuerda Fanzolato⁹³ que *“la prerrogativa de elegir el sistema o de elaborarlo a gusto no implica, necesariamente, que siempre se les conceda a los cónyuges la facultad de convenir o modificar el régimen de bienes durante el matrimonio. Cuando no tienen esta licencia nos enfrentamos a un sistema de mayor o menor libertad originaria de elección, pero de inmutabilidad posterior. Los novios, al momento de casarse, pueden convenir el régimen que les resulte más adecuado a sus intereses, pero una vez sujeto a un determinado régimen de bienes éste es inalterable “constante matrimonio”⁹⁴.*

En el Proyecto ahora presentado a estudio del Congreso, el art. 449 prevé de qué **modo debe efectuarse la modificación del régimen elegido.** Dispone:

Art. 449. Modificación de régimen:

Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por

⁹² Art. 103 del Proyecto Actuación del Ministerio Público. *“La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto; b) Es principal: (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”.*

⁹³ “Régimen de Bienes. Derecho Comparado...”, pág. 429.

⁹⁴ Este principio rigió en Francia antes de 1965, en Italia, y en España, hasta 1975 (salvo en Vizcaya en donde se mantiene la inmutabilidad posnupcial. En Brasil se aplicó hasta 2003, pues al entrar en vigencia en Novo Código Civil se autoriza el cambio del régimen durante el matrimonio (art. 1.639, párr. 2º). La inmutabilidad del régimen convencional elegido está consagrada en Camerún, Colombia, Filipinas, Japón, Portugal, Puerto Rico, Senegal, Venezuela.

convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de UN (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de UN (1) año a contar desde que lo conocieron.

Como señalaba, se ha eliminado la posibilidad de control judicial y se ha reducido el plazo para poder efectuar la modificación. La exigencia de la anotación marginal en el acta de matrimonio resulta imprescindible para dar noticia a los terceros que pudieran contratar con los cónyuges, aún cuando no advierto cuál podría ser la diferencia frente a los terceros de la adopción de un régimen u otro frente al principio de irresponsabilidad consagrado por el art. 5 de la ley 11.357.

En el régimen actual el art. 5 de la ley 11.357 dispone la regla esencial que facilita la libertad contractual de los esposos sin daño a terceros ya que consagra la irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas del otro. Si bien establece una excepción acotada y de interpretación restringida (supuestos del art. 6 de la ley 11.357⁹⁵) y nada impide que ambos asuman voluntariamente la calidad de deudores si así lo han convenido. A mi juicio **la eventual lesión a los terceros deviene de la posibilidad incontrolada de modificar anualmente el régimen de bienes.**

Si bien hipotéticamente la opción de los cónyuges entre un régimen u otro, o su modificación, no tendría por qué perjudicarlos **frente al principio de irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas por el otro consagrado por el art. 5 de la ley 11.357,** regla que facilita la libertad contractual de los esposos sin daño a terceros⁹⁶ el eventual perjuicio por la modificación de un régimen a otro, sólo podría devenir **en la medida en que el cambio del régimen implicara la transferencia patrimonial de un cónyuge al otro. Facilitando el cambio del régimen con semejante asiduidad no hay duda sobre el semillero de conflictos**

⁹⁵ Méndez Costa, “Las deudas de los cónyuges”, citada, pág. 135 y ss. aclara sobre la caracterización de las deudas comunes que son excepcionales, su enumeración es de interpretación restrictiva (sin perjuicio de una razonable flexibilidad en la comprensión de cada categoría) y la cualidad de la deuda común debe ser probada por el acreedor que la invoca, se tipifican por la finalidad por la cual fueron contraídas, y sólo comprende las deudas de origen contractual.

⁹⁶ Si bien establece una excepción acotada y de interpretación restringida (supuestos del art. 6 de la ley 11.357) y nada impide que ambos asuman voluntariamente la calidad de deudores si así lo han convenido (como usualmente lo exigen las entidades bancarias). Cfr. Fanzolato “Régimen de Bienes...”, citado, pág. 429, nota n° 23.

en los que se verían involucrados tanto los cónyuges como los terceros.

Ello nos obliga a preguntarnos en qué casos –al menos hipotéticamente- esta transferencia **podría tener lugar habida cuenta que en el régimen actual –salvo simulación- cada uno es dueño de lo que adquiere y con sus bienes responde por las deudas que contrae sin posibilidad de que puedan contratar entre sí mientras están bajo el régimen de comunidad.** La eventualidad de esta “transferencia patrimonial” sólo podría devenir **luego de la liquidación del régimen de comunidad (estiramiento y encogimiento patrimoniales) no en el régimen de separación, pero sólo en la medida en que el tercero desconozca esta situación y no adopte tempestivamente alguna medida de resguardo de sus derechos.**

Si en el mismo Proyecto se prevé la inscripción marginal, **por qué razón conceder una acción de inoponibilidad de un año para los acreedores anteriores al cambio de régimen que no adoptaron medidas de resguardo de sus créditos sobre los bienes de su deudor. Sea en un régimen de comunidad o en un régimen de separación, la obligación la debe afrontar el cónyuge que contrajo la deuda⁹⁷, con lo que tenga en su patrimonio en el momento en que se persiga el cobro compulsivo de su crédito.**

Si la liquidación ya tuvo lugar y se anotició registralmente ese cambio, cuál es el interés social en mantener una vía de ineficacia especial sin la existencia de fraude?

La regla que contiene al final en donde estatuye la inoponibilidad se corresponde con la adopción dentro del régimen de ineficacia de los actos jurídicos, del concepto de inoponibilidad (ver arts. 396 del Proyecto 2012 y las numerosas referencias a ella en todo el articulado) como un concepto diferente del de la nulidad o invalidez de los mismos. Supone que el acto es válido en sí mismo y entre las partes, pero carece de eficacia frente a terceros, quienes pueden exigir la declaración de la inoponibilidad si del cambio de régimen sufren algún perjuicio.

En el sistema actual manteniendo el régimen de comunidad como un régimen de comunidad diferida, la modificación a un régimen de separación de bienes por ejemplo por una separación judicial (art. 202 y conc. C.C.) en modo alguno puede generar un perjuicio a un acreedor (art. 1.306 C.C.), **en tanto y en cuanto la mutación patrimonial no tenga publicidad, sea mediante la inscripción en el acta de matrimonio o su correlato registral y posesorio en caso de que se exija la inscripción de la adjudicación consiguiente luego de liquidada la sociedad conyugal.**

Lo razonable es que el plazo de un año que se propone comience a correr desde la inscripción del cambio del régimen en el acta de matrimonio, o en su caso, para mayor

⁹⁷ Salvo las excepciones del art. 6º) 11.357.

resguardo desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación consiguiente por liquidación de la comunidad, ya que contar el plazo (que asumo que es de caducidad en consonancia con lo que se dispone en el mismo Proyecto en relación al fraude) desde que singularmente lo conoció el acreedor que se queja, supone crear un privilegio írrito respecto de quien no ha atendido convenientemente sus negocios⁹⁸.

Estimo que el régimen de separación de deudas vigente al día de la fecha en nuestro país da una protección satisfactoria a los acreedores. Si por alguna razón es de su interés tener una mayor garantía deberán recurrir a los derechos reales de garantía, o adoptar las medidas de resguardo de rigor frente al incumplimiento del deudor casado, del mismo modo que deberían hacerlo respecto de alguien soltero.

En resumen, de la lectura de los artículos citados se advierte que las convenciones matrimoniales permitidas, pueden tener por objeto únicamente los designados en la norma cerrando la posibilidad de efectuar otro tipo de convención que los futuros contrayentes quieran efectuar.

Uno de los objetos permitidos es la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, tal como lo permite actualmente el art. 1.217 del C.C., pero se incorpora la previsión de que ese inventario vaya acompañado del avalúo de los bienes, sin que esté claro qué consecuencias puede acarrear la inexistencia del avalúo. Si bien nada impide que el inventario vaya acompañado de un avalúo, lo cierto es que en nuestro país la devaluación constante de la moneda permite presumir que muy poca utilidad ha de tener para los cónyuges la elaboración del avalúo. Aún cuando en estos tiempos y respecto de los inmuebles pueda hablarse de un valor constante promedio medido en monedas estables (lo que no se observó en otros tiempos de subvaluación de los inmuebles), no puede afirmarse lo mismo respecto de los bienes muebles que se deprecian por el uso o por el paso del tiempo, por lo que aún asumiendo como lícito un convenio en tal sentido, me atrevo a anticipar que ninguna utilidad se advierte para la exigencia del avalúo, sobre todo porque ambos cónyuges tienen libertad de administración de los bienes que adquieran, sea que se adopte un régimen de separación o sea que se adquiera un bien bajo el régimen de comunidad, salvo que en este caso se afirme la existencia de una comunidad actual, cual copropiedad, lo que no aparece claro en el Proyecto cuando se regula el régimen de comunidad.

Se incorpora la enunciación de las deudas tal como está en el Proyecto del año 1998. Estimo que esta mención sería útil tanto para los esposos en sus relaciones internas como en

⁹⁸ Recuerda Fanzolato: “Régimen de Bienes...”, citado, pág. 430, que la justicia francesa ha dicho que “los acreedores no tienen un derecho adquirido al mantenimiento del régimen matrimonial de sus deudores”.

relación a los acreedores para establecer la fecha del nacimiento de una obligación pendiente de pago sobre todo frente a la posibilidad de cambio de régimen (sirve para que el acreedor pueda calificárselo como acreedor anterior al cambio de régimen. La pregunta que cabe hacerse es si hay sucesivos cambios de régimen, todos los acreedores son “anteriores”?).

Se mantiene la opción de hacerse donaciones entre los contrayentes.

Y lo que aparece como lo más novedoso, contempla la elección de uno de los dos regímenes previstos en este código: o el de separación (arts. 505 a 508) o el de comunidad (art. 463 a 504).

Cuando contraen matrimonio deben hacer saber al oficial público que lo celebra cuál es el régimen de bienes que eligen y si han efectuado una convención prenupcial en qué notaría se encuentra la escritura pertinente para que se margine en el acta los datos necesarios para ubicarla y de ese modo ser oponible a terceros (art. 420 del Proyecto actual)⁹⁹.

Cuáles son los regímenes previstos: de acuerdo a los arts. 505 a 508 y 463 a 504 pueden optar por el régimen de separación o el de comunidad, que es supletorio en caso de que no opten por el de separación.

Sanciona la nulidad de otro tipo de convención sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, lo que entra en contradicción con el declamado principio de libertad que sienta al comienzo del título del matrimonio.

En definitiva, aún cuando se pretende declamar un régimen de libertad, lo cierto es que indirectamente deben reconocer que existe un orden público familiar que por la propia naturaleza de las cosas necesariamente limita la autonomía de la voluntad en estas cuestiones tan sensibles al ser humano. Se trata de un compromiso que por ser tal y en razón de su propia naturaleza o esencia, limita la libertad de quien asume ese compromiso.

Cuando se analiza el fenómeno matrimonial no puede eludirse considerar que se trata de un compromiso que es en sí mismo el acto voluntario de mayor trascendencia en la vida de una persona. Se trata de compartir la existencia con el otro, en un Proyecto de vida en común, por lo que es evidente que una unión de esa naturaleza va a influir en múltiples aspectos espirituales, económicos, morales, con incidencia actual y proyección futura. De manera que cualquiera que sea el sistema que se adopte para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y frente a terceros, es imprescindible que se contemple al destinatario de las normas como un ser

⁹⁹ Se advierte que se trata de un sistema que rige únicamente para los matrimonios que se puedan celebrar una vez que entre en vigencia el Código proyectado, pero no dispone expresamente qué posibilidad tienen de efectuarlo los matrimonios ya celebrados. Esto genera una desigualdad notable entre los distintos matrimonios, diferente a la solución que se previó cuando se dictó el divorcio vincular, en donde todos los casados tuvieron la opción de recurrir o a la separación o al divorcio vincular aún cuando la unión se hubiera celebrado con anterioridad a la sanción de la ley y se previó una norma transitoria para contemplar los procesos en trámite (art. 8, ley 23.515).

humano integral. Y así reconocer que cualquier decisión de tipo personal que se tome en relación al matrimonio (ej. declarar la disolución del vínculo, disponer el cese de la convivencia, excluir del hogar a un cónyuge), necesariamente va a afectar la esfera patrimonial de los sujetos involucrados, y viceversa, cualquier decisión de índole patrimonial respecto de los bienes de los cónyuges (ej. la indivisión temporaria de algún bien, atribuir la vivienda; fijar una cuota de alimentos, autorizar la venta de un bien de los esposos), va a afectar indudablemente la vida personal de cualquiera de los consortes. De manera que aún cuando con un fin didáctico se puedan analizar los efectos del matrimonio distinguiendo entre efectos personales y patrimoniales, en ningún momento debemos olvidar que toda solución que se adopte frente a un conflicto entre los cónyuges -aún de índole patrimonial- va a repercutir especialmente en su esfera personal.

Siguiendo con el análisis de lo proyectado, debe recordarse que de acuerdo al art. 420 del Proyecto al celebrar el matrimonio los contrayentes deben declarar si han celebrado o no convención matrimonial, y en caso de que lo hayan hecho, su fecha y el registro notarial donde se otorgó (art. 420, inc. i), también en dicha oportunidad los contrayentes deben manifestar si optan por el régimen de separación para ello no requieren la extensión de ninguna escritura, salvo durante la unión cuando quieran cambiar el régimen bajo el cual están sujetos.

De manera que la exigencia de la escritura no está prevista para la elección del régimen sino sólo para su modificación. Esta posibilidad resulta **sólo accesible para quienes tienen recursos para pagarlo**. Si realmente se busca que aquél principio de libertad sea ejercido plenamente lo coherente con esa ideología hubiera sido que se permitiera que en el acta de matrimonio no sólo se haga la opción por un régimen sino además se puedan indicar los bienes que cada uno lleva al matrimonio y la enunciación de las deudas, sin recurrir a ningún notario ya que el receptor de la declaración es un funcionario público. En orden a las donaciones es razonable que se mantenga la necesidad de la escritura.

Prevé **la oponibilidad de la elección del régimen desde la anotación marginal en el acta del matrimonio**, pero debe aclararse que entre cónyuges y sus herederos es oponible desde el otorgamiento de la escritura aunque condicionado a que el matrimonio se celebre efectivamente.

Prevé la **posibilidad de modificar el régimen elegido por los cónyuges** por una convención que debe celebrarse por la misma vía costosa que la autorizada, esto es, escritura pública, pero recién después de un año de otorgada.

La cuestión que queda sin resolver es si por alguna razón no se margina la anterior y por ende, no resulta oponible a terceros, si de igual modo es oponible entre los contrayentes y sus herederos, como también si se puede modificar e inscribir la posterior sin inscribir la anterior.

Cabe preguntarse ¿qué sistema de registración puede articularse en todo el país para que haya realmente la publicidad que se quiere establecer? En este aspecto es oportuno recordar que los Registros Civiles dependen de cada Provincia y si bien hay convenios y conductas tendientes a la unificación, el sistema vigente no cuenta con las condiciones necesarias para habilitar una inscripción que pueda publicitarse en todo el país. No hay unicidad de Registros y ello genera incertidumbre y poca transparencia¹⁰⁰.

La celebración de pactos prematrimoniales no es parte de nuestras costumbres. Casi 150 años de aplicación del Código Civil que las permite aún limitadamente y ni siquiera éstas llegaron a imponerse en nuestras costumbres. Si realmente como refieren en el art. 1 del Proyecto las costumbres son fuente del derecho en el caso esta situación debió persuadir a los miembros de la Comisión de eliminar esta posibilidad de celebrarlos. **En todo caso si lo que se deseaba es que eligieran un régimen dentro de los preestablecidos, hubiera bastado la mención en el acta matrimonial de cuál es el régimen que eligen, si recurrir a ningún notario para modificarlo.**

Otra cuestión es que se habla de la inscripción en el acta de matrimonio pero no aparece que se consigne la necesidad de que el alcance de estos pactos se inscriban en los registros inmobiliarios o del automotor o de otro tipo aún cuando en el régimen se contemple la enunciación y avalúo de los bienes que cada cual lleva al matrimonio.

Obviamente que ello implica **abandonar la regla de la incapacidad de los cónyuges de contratar entre sí durante el matrimonio**, lo que a mi juicio implica abrir la posibilidad de que en virtud de la subordinación que pueda generar la convivencia entre los esposos uno de ellos pueda influir sobre el otro, al punto de inducirlo a renunciar a bienes o derechos que en el sistema vigente no está permitido.

La especial relación afectiva en que se sustenta el matrimonio (que ha sido ignorada por la ley contrariamente a lo que se observa al regular las relaciones convivenciales (cfr. art. 431 y ss del Proyecto), puede dar origen a la pérdida de la autonomía y poder de decisión, propias de la

¹⁰⁰ Las XV Jornadas Nacionales celebradas en Mar del Plata, 1995, se refirieron al tema de “registración y publicidad de las modificaciones en el estado de las personas y en el régimen patrimonial del matrimonio” afirmando que: “*la ley 17.671 y sus modificatorias organizan un sistema de publicidad que prevé la registración de todas las modificaciones del estado civil de las personas desde el nacimiento hasta la muerte. No obstante, en la práctica no ha satisfecho los fines que persiguió su creación. Consecuentemente, se recomienda la instrumentación de medidas que aseguren su perfeccionamiento y eficacia*”, y en lo que aquí interesa se remarcó “*las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica*”, proponiendo que debería preverse un adecuado régimen de publicidad en atención a lo que disponen los arts. 2505 del C.C. y los arts. 1° y 2° de la ley 17.801 que “no comprenden como requisito de oponibilidad de las mutaciones al régimen de bienes en el matrimonio, su inscripción registral previa”

vida de un soltero, que la ley debería considerar muy especialmente para evitar profundizar la eventualidad de un aprovechamiento de uno de ellos respecto del otro.

Resulta paradójica la protección que se establece v. gr. en pro del consumidor y la indiferencia con que se considera la situación de subordinación conyugal de la mujer que en algunas parejas todavía se observa en nuestro país. Desconocer esta situación de desigualdad de género que aún cuenta con arraigo cultural en numerosas zonas de la Argentina, o incluso en los países limítrofes de los que emigran al nuestro, atenta con la protección que merece tener¹⁰¹.-

No se advierte cuál es la razón de abandonar el sistema actual de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas del otro sentado por el art. 5 de la ley 11.357, que da plena cobertura tanto a los acreedores anteriores a la celebración del matrimonio como a los posteriores permitiéndoles agredir todos los bienes presentes al tiempo de exigir el cobro compulsivo del crédito, sea con los bienes anteriores al matrimonio (propios) o con los que adquiera después gananciales o propios.

La posibilidad de inoponibilidad a los acreedores condicionada a que sufran perjuicios supone establecer una medida de protección compleja y no se advierte cuál es el interés de bien común que se pretende proteger. Si la condición de la inoponibilidad es la existencia de perjuicios, la acción de fraude es suficientemente comprensiva para dar cobertura a estas situaciones, sea que las personas estén casadas o no.

Existen numerosas medidas de protección creditoria que le permiten al acreedor acordar una garantía singular para proteger su crédito, cuyo costo por lo general lo asume el propio deudor, por lo que no se advierte cuál es el interés de orden social que se pretende proteger en estos casos.

Por otro lado, habla de la oponibilidad del “cambio de régimen” por el término de un año pero a contar desde que lo conocieron en vez de establecer desde que se inscribió el nuevo régimen en el acta de matrimonio, dando pie para que se pueda discutir la existencia de un conocimiento individual posterior a la registración, quebrando la igualdad de trato entre los acreedores y desprotegiendo a la familia.

¹⁰¹ Fanzolato señala (“Régimen de bienes. Derecho Comparado”, citado, pág. 429), que: “*el principio de inmutabilidad de los capítulos matrimoniales buscaría evitar que, durante el matrimonio, uno de los cónyuges – generalmente la esposa- sufriera presiones psicológica del otro, quien de esta manera, podría lograr ventajas en las convenciones acordadas pendiente vínculo, ventajas que no responderían a la libre voluntad del consorte que las consentiría coaccionado moralmente. Muchos iusfamiliaristas afirman que las facilidades acordadas en algunas legislaciones para modificar convencionalmente el régimen de bienes durante el matrimonio, pasando de un régimen de comunidad a uno de separación, en la inmensa mayoría de los casos suelen utilizarse con fines reprochables: a) con el propósito de un esposo de defraudar al otro; b) para procurarse una mejor situación impositiva, o c) para sustraer maliciosamente bienes del patrimonio de un cónyuge deudor, en perjuicio de sus acreedores personales que así verían disminuida o volatilizada la garantía patrimonial que conservasen hasta entonces*”.

Menores de edad:

En orden a la limitación que contiene el art. 450 del Proyecto ahora en estudio, debo decir que se corresponde con lo que decía al respecto el art. 442 del Proyecto del año 1998¹⁰², en relación a los menores de edad.

En el Proyecto presentado ante el Congreso el art. 450 dispone la misma prohibición.

Art. 450. Personas menores de edad:

Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d).

Respecto de la imposibilidad de efectuar convenciones prenupciales por los menores de edad, cabe señalar que en el art. 450, en primer lugar, se observa una discordancia en los términos utilizados. De acuerdo al art. 103 los menores de edad (niños y adolescentes hasta los 18 años art. 25 del Proyecto) son “dispensados” para casarse y si bien no deja de ser una “autorización” judicial, lo correcto es utilizar la misma terminología.

No se les permite ni hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción por un régimen de separación, lo que coloca a estos matrimonios en una situación de desigualdad frente a la posibilidad que se le acuerda a los matrimonios de personas mayores de edad, cuando -en puridad- si el juez los ha dispensado para casarse es porque se encuentran en condiciones de comprender la naturaleza del compromiso de vida en común que se han propuesto, en todos sus aspectos.

O será que implícitamente se está reconociendo la desigualdad intrínseca que conlleva para los cónyuges adoptar un régimen de separación de bienes y la razón de la prohibición se funda en la protección del menor de edad dispensado?

En el sistema actual la limitación a los menores emancipados por matrimonio sólo apunta a la imposibilidad de disponer de los bienes recibidos a título gratuito, pero en nada impide que respecto de los bienes gananciales se desenvuelvan como cualquier mayor de edad rigiendo plenamente tanto el art. 5 de la 11.357 como todos los otros que regulan el régimen de la sociedad conyugal.

Esta limitación no se corresponde con la declamada vocación de dotar al menor de una mayor autonomía para gobernar sus propios asuntos. Por qué razón no podría acordar estar bajo el régimen de separación?

¹⁰² Decía ese Proyecto: “Art. 442. Menores de edad. Los menores de edad habilitados para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial, ni ejercer la opción prevista en el art. 438 inc. d)”.

En el sistema vigente el **art. 1.222 del C.C.** se prevé: *“el menor que con arreglo a las leyes pueda casarse, puede también hacer convenciones matrimoniales sobre los objetos del artículo 1.217, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita para contraer matrimonio.*

Por qué razón no podría entonces en el sistema proyectado el mismo juez que dispensa al menor autorizar a la adopción del régimen de separación previo escuchar a los progenitores y al menor.

Nada dice de la situación de aquellas personas con capacidades restringidas que han obtenido dispensa para casarse. Es que acaso se piensa que en este supuesto no hay riesgo alguno para el discapacitado?

Donaciones por razón del matrimonio

Régimen vigente:

Art. 1.238 CC: *“las donaciones hechas por las convenciones matrimoniales sólo tendrán efecto si el matrimonio se celebre y no fuere anulado, salvo lo dispuesto en el artículo 221, inc. 2º, respecto del matrimonio putativo”.*

Art. 1.240 CC: *“todas las donaciones por causa de matrimonio son irrevocables, y sólo podrán revocarse si fuesen condicionales y la condición no se cumpliera, o si el matrimonio no llegare a celebrarse, o si fuere anulado por sentencia pasada en cosa juzgada, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo”.*

Art. 1.248 CC: *“las donaciones prometidas o hechas a la mujer por razón de matrimonio, o como dote, son regidas por las disposiciones relativas a los títulos gratuitos, y los que las prometan o hagan, sólo están obligados como los donantes a los donatarios en las simples donaciones. Ellas llevan la condición implícita de si el matrimonio se celebrare, o se hubiese celebrado”.*

Las normas comprenden tanto las donaciones por causa de matrimonio del contrayente a la contrayente en la convención matrimonial, como las donaciones entre novios fueran de la misma, y de terceros a la mujer o al marido o a ambos.

La condicionalidad de las donaciones es singular pues están sujetas a la celebración y validez del matrimonio. Se trata de donaciones en donde la causa final es la futura celebración de las nupcias, de manera que la donación puede quedar sin efecto si éste no se celebra. Hasta la celebración del matrimonio, la donataria es titular de un derecho condicional que el donante no podrá quitar mediante revocación, pues se encuentran ligados por la condición de celebración del matrimonio. La no celebración del matrimonio produce la caducidad de la donación, cualquiera

que sea el motivo por el cual no se hubiere celebrado. No está contemplada expresamente la situación de la prolongación indefinida de la celebración sea por voluntad del donatario o de ambos. En cuanto a la invalidez del matrimonio depende de la buena o mala fe de los esposos. Si ambos fueron de buena fe, ninguna influencia acarrea la invalidez de las nupcias, ya que la donación queda consolidada (art. 221 del C.C.); si ambos hubieran sido de mala fe, las donaciones quedan sin efecto (art. 223 in. 2º C.C.). Está prevista la posibilidad de que el donante de buena fe revoque las donaciones por causa de matrimonio hechas al de mala fe (art. 222 inc. 2º del C.C.). Cuando se trata de donaciones por causa de matrimonio pero fuera de las convenciones prenupciales hay que ver que se trata de las que tienen sentido en función del proyectado matrimonio, fuera del cual no tiene justificación. En cada caso hay que distinguir si se trata de regalos o presentes de uso que responden a la relación de noviazgo pero no tiene en consideración el futuro matrimonio, y de las que son con la finalidad de planear la vida en común. Es doctrina constante que en estos casos las donaciones quedan sin efecto si las nupcias no se celebran por falta o error en la causa (condición suspensiva).

Régimen propuesto en el Proyecto del año 1998.

Del cotejo de los textos vigentes con lo Proyectado en el año 1998¹⁰³ se observa una mejor redacción y la comprensión dentro de las mismas disposiciones tanto las donaciones efectuadas en las convenciones como las hechas por terceros o por los futuros contrayentes en los que en todos los casos llevan la condición de la celebración de un matrimonio válido. No da margen al matrimonio putativo (buena fe de uno o de ambos esposos).

Se distingue del código vigente la situación de la promesa de donación en donde no sólo se establece como requisito de prueba la extensión de la escritura, sino se la tiene como irrevocable pero queda sin efecto si el matrimonio no se celebra dentro de un plazo bastante breve. No requiere de una aceptación expresa sino basta que el matrimonio se celebre dentro de ese plazo.

En el actual Proyecto de Unificación se advierte que los arts. 451 y 452 no difieren de lo que ya estaba propuesto en el año 1998.

Sí se advierte una modificación importante en la promesa de donación en donde se autoriza la revocación de la oferta antes de que se celebre el matrimonio. Si dentro de un año de efectuada

¹⁰³ En el Proyecto las normas referidas a este tema son las siguientes: Art. 443: *Normas aplicables. Las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación. Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra.* Art. 444: *Condición implícita. Las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido.* Art. 445: *Promesa de donación. La promesa de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos, sólo puede ser probada por escritura pública. Es irrevocable, pero queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un (1) año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra dentro de ese plazo.*

la oferta de donación, el matrimonio no se celebra, no se requiere una revocación expresa sino que queda sin eficacia como tal al cumplirse el plazo de un año.

La regla entonces es la revocabilidad de la promesa de donación.

Así se prevé:

Art. 451. Normas aplicables. Las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación. Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra.

Art. 452. Condición implícita. Las donaciones hechas por terceros a uno de los novios, o a ambos, o por uno de los novios al otro, en consideración al matrimonio futuro, llevan implícita la condición de que se celebre matrimonio válido.

Art. 453. Oferta de donación. La oferta de donación hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de UN (1) año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra, si antes no ha sido revocada.

Las innovaciones sobre el derecho vigente tienden a llevar certeza a estas situaciones estableciendo que en todos los casos implícitamente contienen la condición de la celebración de un matrimonio válido, extremando la libertad al donante permitiéndole retractarse de la oferta o que ella caduque en el plazo bastante breve (un año) evitando que la cuestión quede indefinida por tiempo indeterminado por decisión de los propios contrayentes o de uno solo.

En este artículo y en el siguiente es en el único lugar dentro del Proyecto de modificación que se refiere la ley como “**novios**” como si fuera una nueva categoría jurídica, en vez de decir “**futuros contrayentes**” como lo consigna en los artículos anteriores atinentes a la celebración. Se desconoce si se trata de una impropiedad más que da cuenta de la poca depuración técnica que se observa en todo el Proyecto, lo que pone en evidencia no sólo la labor parcializada de numerosos autores, sino esencialmente la falta de revisión final antes de presentarlo oficialmente probablemente por las urgencias políticas que no se corresponden con la prudencia y mesura con que se deben encarar Proyectos como el propuesto, o si en definitiva, se quiere separar la situación de lo que implica efectivamente la celebración de manera que sólo serían “**futuros contrayentes**” quienes se presentan ante el oficial público a celebrar el matrimonio.

Disposiciones comunes a todos los regímenes

Siguiendo a Malaurie¹⁰⁴ debemos señalar que una auténtica organización económica del matrimonio debe resolver ineludiblemente tres cuestiones: el reparto de los poderes, el reparto de la riqueza y el reparto de las deudas.

El régimen primario sólo reglamenta el reparto de poderes y de deudas, pero no el de la riqueza (fortuna acumulada antes o después del matrimonio o régimen).

Durante el matrimonio resulta fundamental dejar en claro cuáles son los poderes que pueden ejercer los cónyuges en especial para con sus relaciones frente a terceros y así resulta necesario determinar quién tiene el poder de iniciativa y quién de ellos puede administrar, comprometer y enajenar las distintas clases de bienes.

Recién cuando se disuelve el matrimonio o el régimen, emerge la necesidad de regular la cuestión de repartir la riqueza. Allí se presentan dos problemas: cómo se conserva la propiedad de los bienes que cada uno poseía al celebrar las nupcias o comenzar el régimen y el segundo, a quién corresponde la propiedad de los bienes adquiridos durante la unión.

La tercera cuestión referida a la división del pasivo tanto interesa durante el régimen como después al tiempo de la disolución, y la solución que se adopte debe tener en cuenta no sólo el equilibrio entre los cónyuges sino también la protección del crédito.

Régimen vigente:

Hemos dicho que de acuerdo a la libertad de modificación, el régimen vigente es inmutable salvo la excepcional posibilidad de quedar bajo un régimen de separación de bienes sin que se disuelva el matrimonio, en los supuestos de separación personal (arts. 202 a 205) y las causales previstas en los arts. 1.290 y 1.294 del C.C. (arts.1.261 y 1.219, conc. 1.306, 1.294, 1.290). Se trata de un sistema de “comunidad”, pero “diferida” a la disolución y “restringida” únicamente a los gananciales (arts. 1.263, 1.271 y 1.315), de gestión separada pero importantes restricciones a la hora de decidir actos de disposición (arts. 1.276 y 1.277), de separación de deudas, como regla con la posibilidad de que el otro cónyuge responda con ciertos bienes por las deudas que no contrajo cuando se trata de los supuestos contemplados en el art. 6 de la ley 11.357, y de partición por mitades de los bienes gananciales, aunque algunos bienes no se reparten (“anómalos” art. 1.306, 1º y 3º párr.).

Dado que en el régimen vigente la regla es el régimen de comunidad y la excepción el régimen de separación, sólo resta decir a los fines de la comparación propuesta, que en ninguno de estos regímenes se prevé -como antaño- la obligación de sostén del hogar a cargo de uno solo

¹⁰⁴ Citado por Fanzolato, “Régimen de bienes....”, pág. 432.

de los esposos. Sea durante la convivencia o después los cónyuges deben contribuir a su propio mantenimiento y el del grupo familiar con el que conviven (cfr. arts. 198, 206, 1.300, C.C.).

En el Régimen propuesto en el Proyecto del año 1998 se estableció en el art.446: *“Aplicación. Inderogabilidad. Las disposiciones de esta Sección se aplican cualquiera que sea el régimen matrimonial de los cónyuges, y salvo que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, salvo disposición expresa en contrario”.*

Se advierte que la previsión se corresponde con la idea de admitir la elección de un régimen de separación *ab initio* al celebrar las nupcias. Se trata de disposiciones que se aplican cualquiera que sea el régimen que hubieran elegido los cónyuges sea el inicial o al que hubieran cambiado durante la vigencia del matrimonio. Es una norma de orden público familiar y por esta razón indisponible para los esposos.

En el actual Proyecto en consideración en el Congreso se prevé una disposición idéntica:

Art. 454. Aplicación. Inderogabilidad. *Las disposiciones de esta Sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención por los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario.*

Deber de contribución:

En el Proyecto del año 1998 se propone: *“Art. 447. Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos incapaces de uno de los cónyuges que convivan con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga”.*

En el Proyecto ahora en estudio se dispone una misma regla pero considerando la situación particular de los hijos con capacidad restringida o la discapacidad de uno de los esposos ya que de acuerdo al nuevo Proyecto se puede casar el discapacitado con dispensa judicial.

Art. 455. Deber de Contribución. *Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.*
El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga.

Se trata de la asegurar el cumplimiento de la obligación de asistencia recíproca prevista en el art. 431 del Proyecto y el correspondiente al art. 658 en la autoridad parental. Se agrega de manera expresa el sostenimiento del hogar ya que se ha establecido una obligación solidaria frente a las obligaciones referidas a las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes (art. 461 del Proyecto).

Comprende las necesidades de los hijos menores que debe correlacionarse con el art. 658 de la responsabilidad parental, y en relación a los hijos discapacitados que estén al cuidado de ellos, ya que asumo que si se han casado no están ya a cargo de los padres pero no lo se puede afirmar con certeza ya que por un lado, no está consignada expresamente la obligación de convivir entre los cónyuges, por lo que un cónyuge dispensado para contraer matrimonio con un incapaz o con capacidad restringida, podría no vivir con el insano y por ende, éste seguir siendo mantenido por los padres en tanto conviva con ellos.

La obligación de alimentos a los hijos se prevé para los hijos que son comunes en proporción a sus recursos lo cual es razonable y reitera lo que surge de la legislación actual.

En relación a los **alimentos a los hijos menores que no son comunes** (hijos matrimoniales o extramatrimoniales de uno de los esposos, nacidos antes o después de la celebración del matrimonio), la condición para que el otro esposo le deba alimentos es que convivan con él.

En la legitimación activa se consigna la posibilidad que el cónyuge demande la prestación de alimentos, pero estimo que la previsión es estrecha ya que tendría que otorgarse legitimación a los directamente perjudicados sea por sí o representados por los parientes o por el ministerio pupilar o incluso por el otro progenitor con quien no convive para que el menor pueda reclamar alimentos por sí tanto al cónyuge progenitor como al cónyuge del progenitor conviviente que fuere remiso.

Actos que requieren asentimiento del otro cónyuge

Régimen vigente

En el sistema actual la cuestión se *encuentra* prevista en el art. 1.277 del Código Civil¹⁰⁵. Al comparar el sistema vigente con el derecho comparado remarca Fanzolato¹⁰⁶ “*aunque*

¹⁰⁵ Art. 1.277 del C.C.: “Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes También será necesario el consentimiento de ambos

referido sólo al inmueble hogareño en el que habiten hijos menores o incapaces y sin comprender el ajuar doméstico, el Código civil argentino estructura una protección al interés familiar habitacional similar a la perseguida por las normas incluidas en los estatutos primarios de las modernas legislaciones”.

En el Régimen del Proyecto del año 1998, la cuestión está prevista en los arts. 448, 449 y 450¹⁰⁷.

En el Proyecto en estudio ahora en el Congreso, se prevén normas casi idénticas a las anteriormente proyectadas¹⁰⁸.

Así disponen los arts. 456, 457 y 458:

Art. 456. Actos que requieren asentimiento.

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 seis meses de la 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. 457. Requisitos del asentimiento.

En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal tratándose en este caso de bien propio o ganancial.

¹⁰⁶ Op. cit. nota 45, pág. 423.

¹⁰⁷ Art. 448 Actos que requieren asentimiento: Ninguno de los cónyuges puede sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda común, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de uno (1) año de haberlo conocido, pero no más allá de un (1) año de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda común no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del matrimonio salvo que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Art. 449 Requisitos del asentimiento: En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Art. 450 Autorización judicial. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro si éste está ausente, es incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo.

¹⁰⁸ Respecto del Derecho comparado siguiendo a Fanzolato (en “Régimen de bienes...” en “Código...”. cit. pág. 422, nota 19) los países que permiten al otro cónyuge anular el acto son Bélgica, Chile, Cataluña, Costa Rica, Dinamarca, España, El Salvador, Francia, Holanda, Nueva Escocia, Ontario, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza.

Art. 458. Autorización judicial.

Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz o con capacidad restringida, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo.

Comparando con el art. 1.277 del C.C. vigente se advierte que la previsión plantea contemplar el supuesto previsto en el artículo 1.277, 2º parte del C.C. sea que los cónyuges estén bajo el régimen de comunidad o estén bajo el régimen de separación de bienes. Pero no aclara el artículo en cuestión si es necesario que existan hijos menores o incapaces, como se exige ahora, sólo habla de “vivienda familiar”, en vez de vivienda “común” como decía el Proyecto del año 1998, lo que despeja toda posibilidad de interpretar el calificativo “común”, **comprendiendo también a los bienes propios** que en verdad no son “comunes” (ni gananciales ni en copropiedad).

Se desprende además que no sólo comprende el derecho de propiedad sobre el inmueble que constituye la “vivienda familiar” (que puede comprender sólo una fracción determinada de un inmueble), sino también los **derechos sobre ella puedan tener los cónyuges** cualquiera que sea la calidad del bien propio o ganancial, sean boletos de compraventa, derechos posesorios, u otros derechos (adjudicaciones en planes de vivienda, de cooperativas, de mutuales, etc.), lo que resulta una **previsión que contempla con claridad la protección de la familia.**

Esta previsión es independiente de la situación de convivencia de los cónyuges, pero **no rige si los convivientes han dejado de ser cónyuges.**

Ahora si son convivientes la cuestión está regulada en el Art. 522 del Proyecto¹⁰⁹, en términos casi idénticos a los que rigen en el matrimonio.

¹⁰⁹ Dispone el art. 522 del Proyecto: “*Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.- La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro*”. Art. 659: **Contenido.** “*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por*

En orden a los **muebles indispensables “de ésta”** en verdad no son muebles de la vivienda considerada como un inmueble, sino en relación a la función que desempeñan dentro ella, en la medida que tengan relación con el uso que se le da a la vivienda como asiento o residencia de la familia. Es una disposición que aventaja la situación actual que sólo contempla la necesidad de asentimiento de los bienes muebles registrables.

En orden al **transporte de los bienes muebles**, se trata de una disposición que aventaja la situación precedente ya que no sólo comprende a los actos de disposición jurídica o material y no sólo comprende los bienes gananciales sino también los propios, ya que se refiere al ajuar de la casa.

Se advierte que -con razón- se ha limitado la posibilidad de anulación del acto de disposición de los bienes (vivienda, muebles del hogar o transporte fuera de la vivienda) por **un término menor que el previsto en el Proyecto del año 1998** que acordaba un año al cónyuge que no asintió con la decisión del otro cónyuge.

Inejecutabilidad de la vivienda familiar

Se trata de una disposición que viene a dar respuesta a un reclamo general de protección de la vivienda que sólo contemplaban algunas constituciones provinciales tachadas de inconstitucionales, pero con el régimen proyectado que reitera lo que ya preveía el Proyecto del año 1998, al integrar el régimen de legislación común es aplicable a todo el país y a toda persona casada (y en unión convivencial de acuerdo a lo que prevé el art. 522 del Proyecto).

No obstante es evidente que al derogarse la ley 14.394 de bien de familia, esta aparece como insuficiente para lograr el objetivo ya que se permite que **la vivienda pueda ser ejecutada cuando la deuda sea posterior pero contraída por ambos cónyuges en forma conjunta** y no sólo cuando existen impuestos, gravamen hipotecario o créditos por construcción o mejoras en el inmueble o por saldo de precio¹¹⁰.

En general, cuando un bien está afectado al régimen de bien de familia el acreedor por una deuda posterior exige la desafectación voluntaria para poder contratar después, a más de la

prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado”.

¹¹⁰ Art. 38 de la ley 14.394 establece: “*El bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto por el art. 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca”.*

intervención de ambos como codeudores, lo que hace que caiga la protección aún respecto de deudas posteriores a la primigenia afectación¹¹¹.

De la manera en que se proyecta la modificación se permite a los cónyuges **elegir cuál deuda de las posteriores quedan liberadas de la protección**. Ello no les impide acceder al crédito y no hay riesgo por deudas posteriores que no reúnan las condiciones exigidas por el nuevo artículo proyectado (esto es contraídas por ambos).

En este aspecto guarda sentido la conveniencia de prever en las convenciones prenupciales la enunciación de las deudas, lo cual no implica que el acreedor no pueda acreditar independientemente de lo denunciado por los cónyuges, que la deuda es de causa o título anterior al matrimonio, para poder ejecutar la vivienda familiar.

El artículo 457 que consigna los requisitos del asentimiento es idéntico al Proyectado en 1998, y se corresponde con lo que informa la doctrina y jurisprudencia elaboradas en torno al art. 1.277 del C.C., sobre todo en relación al asentimiento genérico y anticipado. Se desecha esta posibilidad al exigirse que el asentimiento verse expresamente sobre el acto de disposición que se propone realizar y los elementos que resulten esenciales para identificarlo, aún cuando el que presenta el asentimiento en modo alguno pueda quedar obligado personalmente por causa del acto que asiente ya que se trata de un acto celebrado por el otro cónyuge en ejercicio de los derechos personales que le son propios.

Del mismo modo que se precisa ahora en el art. 1.277 del C.C. se prevé la posibilidad de una venia judicial supletoria.

Así dispone que si el otro esposo está ausente, es incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia, el juez pueda autorizar el acto aún cuando aclara que la concesión de la autorización no importa asunción de ninguna obligación personal para el cónyuge no disponente. Se trata de una norma que del mismo modo que en el supuesto previsto en el art. 1.277 2º parte del C.C., se contempla

¹¹¹ Art. 49 de la desafectación del bien de familia dispone: “Procederá la desafectación del “bien de familia” y a cancelación de su inscripción en el Registro Inmobiliario: a) A instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge o si ésta fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido; b) A solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el “bien de familia” se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar; c) a requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes; d) de oficio o a instancia de cualquier interesado cuando no subsistieren los requisitos previstos en los arts. 34, 36 y 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios; e) En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente”.

el interés familiar¹¹² como la pauta necesaria para autorizar el acto aún cuando en el Proyecto no se exige que existan hijos menores o incapaces, lo cual es un avance de importancia. Se entiende que esta norma rige en la medida en que los cónyuges continúen unidos en matrimonio.

Mandato entre cónyuges

Régimen vigente

La cuestión se encuentra contemplada en el art. 1.276 del C. C. que dispone “*cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1.277... ”.*

Régimen proyectado en 1998

Art. 451. Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para darse a sí mismo el asentimiento del poderdante en los casos en que se requiere se aplica el artículo 449. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Salvo convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

Del cotejo del anterior con el proyectado ahora se advierte que se ha mejorado la redacción excluyendo la posibilidad de un poder para asentir el acto aún cuando se contemple expresamente en el poder de qué acto se trata y todos sus elementos constitutivos, supuesto previsto en el art. 449, lo cual en algunos casos puede perjudicar a la familia, supuesto en el cual (v.gr. ausencia) no le queda otra opción al que recibió el asentimiento pertinente, que recurrir al juez para solicitar una venia judicial.

Es razonable la previsión de que un cónyuge pueda ser mandatario del otro y que pueda exigírsele la rendición de cuentas pertinente. La solución proyectada guarda correspondencia con la doctrina y jurisprudencia elaborada en torno al art. 1.276 del C.C.

Art. 459. Mandato entre cónyuges.

Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder

¹¹² Fanzolato, “El asentimiento conyugal”, pág. 49 recuerda que: “*cuando alguno de estos intereses particulares de los cónyuges entren en colisión con el interés familiar, aquéllos, deberán capitular y someterse, porque, jerárquicamente, pertenecen a un nivel secundario o accesorio respecto del interés superior de la familia*”.

no puede ser objeto de limitaciones.

Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

Representación del cónyuge ausente o impedido

En el Proyecto del año 1998 también se contempla la situación de ausencia o impedimento transitorio de uno de los cónyuges para expresar su voluntad, en cuyo caso el otro puede ser autorizado por el juez para representarlo¹¹³.

De acuerdo al Proyecto ahora en estudio tenemos:

Art. 460. Ausencia o impedimento.

Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez.

A falta de mandato expreso o de autorización judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso.

Se advierte que en el Proyecto ninguna modificación se ha efectuado en relación al artículo previsto en el Proyecto del año 1998. Se trata de una norma que viene a dar solución para aquellos casos en que por alguna razón transitoria el cónyuge no puede otorgar mandato al otro y existen cuestiones que ameritan la intervención del otro en su representación. Dado que la extensión de la representación la dispone el juez, estimo que ella será necesaria cuando la situación requiera de cierta complejidad o representación ante ciertos órganos administrativos o judiciales, en tanto que la falta de autorización judicial no impedirá el ejercicio de la gestión de negocios cuando se trate de asuntos urgentes que no requieran dilación. En el caso del mandato tácito no podrá aplicarse cuando el cónyuge no puede expresar su voluntad pero sí es factible cuando esté ausente en la medida que conozca lo que se está haciendo en su nombre y no se oponga expresamente a ello.

La norma proyectada se compadece con la doctrina y jurisprudencia vigentes en torno al mandato entre cónyuges por lo que no se formulan objeciones de peso a su incorporación.

¹¹³ Dispone el Art. 452. Ausencia o impedimento: *Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el tribunal. A falta de mandato expreso o de habilitación judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso.*

Responsabilidad solidaria:

Régimen vigente

Actualmente la cuestión de la obligación se encuentra prevista en los **arts. 5 y 6 de la ley 11.357**¹¹⁴, en tanto que la cuestión atinente a la contribución se encuentra contemplada en el **art. 1.275 del C.C.**¹¹⁵ que sólo regula la relación interna entre los cónyuges una vez disuelta la sociedad conyugal sobre todo para fijar las recompensas que correspondan a favor de los cónyuges o de la sociedad conyugal cuando una carga de las enumeradas en ese artículo haya sido solventada por fondos propios, o a la inversa.

Desde el aspecto externo esto es, en la cuestión relativa a las relaciones con los terceros acreedores¹¹⁶, la regla sentada por el art. 5 de la ley citada es absolutamente clara en orden a la irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro. En base a ello y sin que el régimen de comunidad modifique en algún modo el sistema de responsabilidad que rige en relación a las personas no casadas, el cónyuge deudor responde personalmente con todos sus bienes, propios y gananciales, por las deudas que contrae.

A título de excepción el art. 6 prevé la posibilidad de que el cónyuge que no contrajo la deuda, responda pero sólo con los frutos de los bienes propios y gananciales por aquellas deudas contraídas por su cónyuge y en la medida que hayan tenido el objetivo directo de atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes comunes (gananciales)¹¹⁷. En cualquier otra situación rige la regla de separación de deudas o de irresponsabilidad.

Régimen de acuerdo al Proyecto del año 1998:

Art. 453. 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 a que se refiere el art. 447. Fuera de esos casos, y*

¹¹⁴ Art. 5 de la ley 11.357: “Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer”; Art. 6: “Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes”.

¹¹⁵ Art. 1275 del C.C.: “Son a cargo de la sociedad conyugal: 1º) la manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes; 2º) los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares del marido o de la mujer; 3º) todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse; 4º) lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio; 5º) lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc.”.

¹¹⁶ Méndez Costa, “Las deudas...”, cit., pág.75 y ss.

¹¹⁷ Méndez Costa, “Las deudas...”, citada, pág. 152 y ss.

salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

Se advierte que la deuda contraída para atender las necesidades del hogar y la educación de los hijos comprende el propio sostenimiento de los cónyuges estimo que se refiere en la medida en que convivan, como de los hijos incapaces comunes, o de uno de ellos que fuere incapaz y conviva con ellos de acuerdo al art. 447 y ha sido calificada como aquellas necesidades ordinarias, quedando las extraordinarias sujetas a la regla de irresponsabilidad.

Por otro lado se agrega la previsión del “sostenimiento” de los hijos como una obligación distinta de la educación, que a mi juicio se corresponde con lo que prevé el art. 1.275 del C.C. en orden a lo que los cónyuges gastaren por “colocación” de los hijos y al modo en que esta obligación alimentaria se prevé en el Proyecto extendida hasta los 21 años¹¹⁸.

Tengo la convicción personal que **la disposición perjudica a los esposos en protección de los terceros acreedores**, ya que genera una solidaridad legal sin que a ciencia cierta se advierta cuál es la razón de semejante previsión cuando en el sistema vigente la obligación legal que prevé el art. 6, obligación concurrente¹¹⁹, es suficientemente explícita sobre la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda limitando la posibilidad de persecución del acreedor **a los frutos** de los bienes sin perjudicar el capital. **La norma vigente protege de mejor manera el capital del cónyuge no contratante y de manera directa el capital del grupo familiar**, aún en aquellos casos que se trata del sostenimiento del hogar o la educación de los hijos.

Nada impide que el acreedor previsor exija la concurrencia de ambos esposos al momento de contratar por lo que una previsión legal que venga a suplir esta omisión del acreedor no aparece a mi juicio como protectora del interés familiar.

Si tenemos en cuenta que se trata de una regla del régimen primario es evidente que contempla la situación de los esposos, sea que convivan o no, y en este sentido aún cuando se

¹¹⁸ Art. 658: Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los VEINTIÚN (21) años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

¹¹⁹ Méndez Costa, “Las deudas...”, pág. 155, enseña que se distinguen las obligaciones solidarias de otras que se le asemejan por ser exigibles en su totalidad a más de un deudor, pero en las cuales no se presenta una sola obligación, como en la solidaridad, sino “una pluralidad de relaciones obligatorias independientes entre sí, aunque dirigidas al mismo interés en la prestación. Son las obligaciones concurrentes. Consideradas las deudas comunes conyugales desde este punto de vista, marido y mujer aparecen como sujetos pasivos de dos obligaciones distintas, relativas a un único objeto y a un único sujeto activo (acreedor o acreedores). Ante la unidad de objeto y de sujeto activo, la dicotomía obligaciones sólo puede tener un fundamento: cada obligación nace de una causa fuente específica y distinta de la que origina la otra...la diferencia con la solidaridad “debe buscarse en que los créditos solidarios descansan en el mismo fundamento jurídico, mientras que los créditos concurrentes descansan en fundamentos jurídicos distintos.

trate de las deudas dispuestas para atender la educación de los hijos, no aparece justo que uno de ellos se vea perjudicado en sus bienes por la decisión adoptada por el otro en el ejercicio de la responsabilidad parental que ahora se prevé como compartida¹²⁰. Es el cónyuge que contrae la deuda quien debe afrontarla con todos sus bienes, tal cual lo efectúa una persona soltera, siendo en definitiva la responsabilidad del otro cónyuge una protección adicional pero equilibrada ya que no compromete el capital del no contratante.

Se sostiene que la cuota del colegio de los hijos menores deben afrontarla solidariamente ambos esposos en función de que se trata de una deuda nacida en interés de los menores. Si ambos esposos eligieron y decidieron inscribir sus hijos en un determinado establecimiento educativo, lo razonable es que la propia entidad convoque a ambos progenitores para contratar el servicio viniendo a ser ambos cónyuges contratantes. Si alguno de ellos por su propia situación patrimonial decide enviar sus hijos a un colegio privado con altas cuotas mensuales, no resulta razonable que aquél que no adoptó esa decisión, deba invertir sus propios bienes para ello comprometiendo incluso su capital, cuando en definitiva aún cuando beneficie a sus hijos, no es quien decidió otorgarles esa educación.

Si se trata de un régimen primario, esta regla contempla tanto a los cónyuges que se encuentran bajo el régimen de comunidad como bajo el régimen de separación de bienes.

A mi juicio el sistema vigente protege en mejor medida el patrimonio conyugal.

En el resto de la norma propuesta en el año 1998 se mantiene la regla del art. 5 de la ley 11.357, lo que se ajusta no sólo a nuestra idiosincrasia, sino a la libertad con que en algunos sectores se desenvuelve la mujer que trabaja desde hace casi un siglo.

En el Régimen de responsabilidad que se propone en el Proyecto ahora en estudio en el Congreso, se advierte que se reitera la norma ya proyectada en el año 1998.

Así dispone:

Art. 461. 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.

Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

¹²⁰ Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bs. As., 2001, recomendaron que: “luego de la separación personal o el divorcio vincular, se otorgue el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos padres, sin perjuicio que teniendo en cuenta el interés superior del menor se disponga lo contrario por decisión judicial (art. 264 ter, C.C.) o acuerdo de los progenitores”.

Las observaciones en relación a las desventajas que se advierten en función el régimen vigente, conservan vigor respecto del texto proyectado.

Sostiene Fanzolato¹²¹ que es frecuente que a fin de atender las necesidades ordinarias del hogar y la educación de los hijos, se faculte a los cónyuges para contratar comprendiendo la responsabilidad del otro esposo. Así a menudo se establece la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por ambos o por uno de ellos con tales propósitos. Es una solidaridad legal que fortalece el crédito ya que los acreedores pueden reclamar el pago total de la deuda a cualquiera de los consortes, pero aclara que *“la solidaridad no tiene lugar, respecto de gastos considerados excesivos en atención al tren de vida, a la utilidad o inutilidad de la operación, a la buena o mala fe del tercero contratante. Tampoco tiene lugar si no fue concluida con el consentimiento de ambos esposos para las compras a plazo o para los préstamos, a menos que estos últimos recaigan sobre sumas modestas indispensables para las necesidades de la vida corriente (Bélgica, art. 222, Francia, art. 220, Luxemburgo). Por su parte la legislación japonesa consagra la responsabilidad solidaria por los negocios habituales de la vida doméstica “a no ser que el que no contrató hubiera comunicado previamente al tercero su intención de no obligarse” (art. 761) En España, reglamentando la llamada “potestad doméstica”, cualquiera de los cónyuges puede realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, agregando que por las deudas contraídas en el ejercicio de semejante potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contrajo la deuda, y subsidiariamente, los del otro cónyuge (art. 1.319). En Argentina, el cónyuge que contrató responde con todo su patrimonio, su consorte responde con los frutos de los bienes propios y con los frutos de los gananciales (art. 6°, 11.357). Lógicamente, la determinación de “las necesidades ordinarias” es una cuestión que está referida al estándar de vida del matrimonio y de la familia. Fuera de estos casos, dentro de este sistema básico o primario, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”*.

Se advierte entonces que aún cuando es frecuente en el derecho comparado que se establezca solidaridad respecto de las deudas corrientes del hogar y la educación de los hijos, **numerosos ordenamientos limitan la extensión de esta responsabilidad a los gastos de menor entidad económica o a la utilidad de la operación, etc., permitiendo concluir que la decisión del intérprete debe volcarse hacia una interpretación restrictiva de los alcances de la solidaridad.**

¹²¹ “Régimen de bienes con especial referencia a la Sociedad Conyugal”, citado, pág. 421.

En relación a las medidas cautelares que pueden solicitar los cónyuges, el Proyecto del año 1998 regulaba la cuestión en el artículo siguiente diciendo:

Art. 454. Medidas cautelares. Si uno de los cónyuges pone en peligro los intereses de la familia por grave incumplimiento de sus deberes, el otro puede solicitar medidas cautelares urgentes para proteger esos intereses, en especial la prohibición de enajenar bienes de cualquier clase y la de desplazar cosas muebles que no sean las de su uso personal. Los actos otorgados en violación a esa prohibición con terceros de mala fe o respecto de los bienes registrables, después de su registración, son ineficaces a demanda del otro cónyuge presentada dentro del plazo de caducidad de un (1) año de haber tenido conocimiento del acto o de su registro.

La redacción propuesta en el Proyecto bajo estudio del Congreso en lo que se refiere a los actos de administración y disposición de bienes muebles no registrables, resulta más clara que la que contenía el Proyecto del año 1998¹²².

Establece la regla de la validez de los actos cuando los terceros son de buena fe y por un título oneroso, pero no rige esta regla permitiendo la impugnación por ineficacia por parte del otro cónyuge cuando se trate de los muebles del hogar u objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o de su trabajo o profesión lo que aparece razonable ya que ha de interpretarse que en relación a los objetos de uso personal del otro no son de propiedad de quien no los usa, ni respecto de los que están relacionados al trabajo o profesión del otro, pero si ambos tienen el mismo trabajo o ejercen la misma profesión la cuestión se complica, o cuando alguno de ellos ha sido quien los ha adquirido o sea propietario del bien, de manera que en este caso si uno de los cónyuges adquirió un bien de uso personal o laboral exclusivo por parte del otro, aún siendo el propietario de este bien puede requerirse la nulidad o restitución en los casos de traslado.

Aquél tercero que quiere adquirir los bienes muebles no registrables y que no sabe a quién le pertenece, **tendrá que exigir la concurrencia de ambos esposos en la medida que le conste el matrimonio para poder quedarse tranquilo.**

Se advierte sí, que se ha reducido a la mitad el plazo previsto en el anterior Proyecto y mejorado su redacción de manera que carecerá de acción aquél cónyuge que conociendo el acto de administración o disposición de los bienes muebles del hogar o de los objetos destinados a su uso personal o ejercicio de su trabajo o profesión desarrollado o dispuesto por el otro, no los

¹²² Art. 455. Cosas muebles no registrables. Los actos de administración y disposición a título onerosos de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, salvo que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la anulación en las mismas condiciones establecidas en el segundo párrafo del artículo anterior.

cuestiona dentro del plazo de seis meses de conocido y en la medida en que el cuestionamiento no tenga lugar dentro de los seis meses de extinguido el régimen patrimonial elegido por ambos. Habla de extinción del régimen matrimonial, pero estimo que comprende tanto la extinción del matrimonio como la del régimen de bienes que esté vigente al tiempo de la enajenación.

Art. 462. Cosas muebles no registrables.

Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión.

En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la anulación dentro el plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haber conocido el acto y no más allá de SEIS (6) meses de la extinción del régimen matrimonial.

La referencia de un ejercicio “individual”, no aparece como la más apropiada. Estimo que tendría que ser “exclusivamente” más que “individualmente”, tal como claramente se prevé en el art. 476 del Proyecto del año 1998, en donde se presumen de propiedad de ambos aquellos bienes respecto de los cuales ninguno puede probar la propiedad exclusiva de una cosa.

En el art. 506 del Proyecto actual se prevé: *“Prueba de la propiedad. Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos 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”*.

Régimen de comunidad

Disposiciones generales

Estimo que se trata de un régimen de comunidad diferida tal como rige a la fecha y no de comunidad actual¹²³. **No está permitido en el Proyecto que los cónyuges puedan convenir un régimen de comunidad actual.**

En el Proyecto el régimen supletorio de “comunidad” se encuentra regulado en el Capítulo 2 del Título II relativo al Régimen Patrimonial del Matrimonio. Se encuentra regulado en seis

¹²³ Sobre los orígenes del sistema de comunidad diferente del sistema dotal romano y la diferencia entre el régimen de comunidad diferida y actual. Ver Fanzolato: “Régimen de bienes...”, pág. 436 y ss.

Secciones. La primera en donde se consignan las disposiciones generales al régimen de comunidad que son las que analizaremos a continuación.

De la misma manera que en el Proyecto del año 1998¹²⁴, se establece **la supletoriedad del régimen de comunidad**. Si los cónyuges no eligen cuando contraen matrimonio el régimen de separación de bienes, quedan sujetos al régimen de comunidad. Ello no impide que al año puedan cambiar al régimen de separación de bienes en tanto otorguen la escritura pertinente y la inscriban en el acta matrimonial.

Art. 463. Carácter supletorio.

A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449.

Bienes de los cónyuges

En la sección 2º de este Capítulo 2 del Título II, se regula lo concerniente a los bienes de los cónyuges.

En el art. 464 se enuncian cuáles son los bienes que se califican como propios y en el art.465 los bienes gananciales. La concentración en un solo artículo para cada uno de los bienes aún cuando se trata de artículos extensos, lleva claridad al sistema.

Se advierte de la lectura del art. 464 que el Proyecto **ha puesto especial cuidado en señalar en qué casos hay lugar a recompensa sea a favor de la comunidad por la inversión de fondos gananciales o del cónyuge que invirtió sus bienes propios.**

No parece apropiado que la numeración sea alfabética y no numérica como lo hace el código vigente pese a que esta última facilita notablemente la memorización. La unificación de los códigos y una reforma integral de la envergadura de la que se propone aprobar exigen auxiliar al intérprete ya que en poco tiempo (180 días) va a tener que aplicar un código diferente de aquellos que analizó, estudió en profundidad en varios años de carrera y especialización. Se propone que se modifique la forma de enumerar los incisos y que ella sea numérica.

Bienes propios:

Art. 464. Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

¹²⁴ Art. 456: carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Título. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, salvo el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el art. 441.

a) los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad;

Se comprende que la enumeración busca dar mayor certeza a las relaciones entre los esposos ya que consigna a quien corresponde cuando la posesión ya está siendo ejercida por uno de ellos al casarse.

b) los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta.

Los recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas.

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 recompensa al donatario por el exceso;

En este aspecto la reforma ha venido a poner en claro las reglas de interpretación que ya la doctrina y jurisprudencia especializada habían elaborado respecto de las situaciones dudosas planteadas frente a los textos del Código Civil vigente. Ha agregado la excepción que prevé en el último párrafo a fin de evitar que una donación que pudiera tener por objeto compensar la utilización de bienes en la atención de deudas personales, se considere propia.

c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta.

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario;

En este ítem ha optado por mutar el carácter del bien propio a ganancial teniendo en cuenta el porcentaje de inversión de manera que si es mayor el valor del aporte ganancial que el propio, lo adquirido no sigue el principio de subrogación real sino que muta el carácter.

En la práctica la cuestión es por demás compleja ya que supone revisar el valor y la envergadura del valor cuando en verdad el valor de los bienes no es una constante. Se trata de un supuesto de recalificación del bien durante la comunidad, sobre cuya utilidad no hay consenso en la doctrina¹²⁵ lo que complica el régimen. A mi juicio habría bastado la regla de la recompensa

¹²⁵ Méndez Costa, M. J. “Régimen Patrimonial...”. Consideraciones complementarias sobre la calificación de bienes de los cónyuges”, pág. 142, expresa: “se denomina “bien mixto” a aquél en que una porción es propia y otra ganancial, es decir, bien que es en parte propio y en parte ganancial en cabeza de un único titular, el marido o la

sin que haya una mutación de la calificación del bien.

d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio;

Principio de subrogación real ya vigente actualmente.

e) los productos de los bienes propios, con excepción de los de las canteras y minas;

Igual principio que el ya vigente.

f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado;

Contempla una situación ya controvertida antes, pero señala la “mejora” de la calidad del ganado originario lo cual supone necesario que en situaciones como la presente en la convención prenupcial se consigne el valor del ganado propio antes de celebrar el matrimonio o mutar al régimen de comunidad. Se ha optado una de las opiniones y es bueno que la ley elija una posición para evitar controversias.

g) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación.

Se comprende la causa o el título anterior por “el derecho a incorporarlos”. No modifica en demasía la cuestión.

h) los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella;

Está conforme al previsto.

i) los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;

Se trata de un dominio o causa de derecho anterior por lo que actualmente también es

cónyuge. En los casos de condominio, la doble titularidad desplaza la cuestión porque lo que se califica es la alícuota que integra cada patrimonio. La calificación dual es sumamente conflictiva por las dificultades prácticas que presenta, por lo que es preferible la calificación simple siempre que no vulnere el derecho del propietario y que sea respetado el régimen patrimonial matrimonial. A los efectos de evitar la calificación dual no es posible recurrir inicialmente a la presunción de ganancialidad del art. 1.271, puesto que la duda entre la calificación simple y la dual resulta de la certeza que se tiene del distinto carácter de los bienes empleados en la adquisición del bien que se quiere calificar. Son argumentos legales adecuados para sostener la calificación simple sin incidir sobre el interés de uno y otro esposo: la importancia de la época en que se produjo la causa o título de adquisición...la subrogación real y la accesión...la admisión de recompensas entre cónyuges para restablecer el equilibrio patrimonial.... Dentro de la reglamentación de las cosas, importa la distinción entre principales y accesorias....la conveniencia del empleo de fondos propios y gananciales es destacable... entre principales y accesorias....la conveniencia del empleo de fondos propios y gananciales es destacable...”, luego de lo cual señala casos posibles resueltos y propuestos relativos a la adquisición de inmuebles.

propio.

j) los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella;

Es buena la incorporación de la aclaración de las recompensas pero sigue el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

k) 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 de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición;

Se contempla expresamente la cuestión del condominio, lo que es positivo.

l) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales;

Se prevé la situación de causa o título anterior pero expresamente el efecto de las recompensas.

m) las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales;

Esta es una novedad ya que señala que las ropas y objeto de uso personal son propios como así también los adquiridos para el trabajo o profesión de los cónyuges. Hay que correlacionar este artículo con el ya proyectado art. 462, que prevé la acción de anulación del acto de disposición de esos bienes por el otro cónyuge con la aclaración del plazo de seis meses de caducidad.

n) las indemnizaciones por daño moral y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales;

Es oportuna la aclaración ya que por un lado deja en claro que la indemnización por daño moral es propia ya que el bien afectado es personalísimo, y en relación al daño físico en la medida que no se trate del lucro cesante de bienes gananciales ya que repara la pérdida de ingresos pasados y futuros que de haberse adquirido revestirían la calidad de gananciales.

ñ) el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona;

o) la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido 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.

El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor.

Bienes gananciales

Hay una correcta y completa correspondencia entre los bienes propios y gananciales y es bueno que así quede consignado en el código. Se evita la dispersión que ahora se observa y lleva certeza a las relaciones.

Art. 465. Bienes gananciales.

Son bienes gananciales:

a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo anterior;

Parece como que está invirtiendo el principio de ganancialidad, pero no es así porque en el art. 466 lo sienta claramente.

b) los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro;

c) los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad;

d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad;

e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio;

f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un

saldo soportado por su patrimonio propio.

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad;

Modificación el carácter original, no es una buena decisión y se mantiene el problema de la desvalorización.

g) los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial;

h) los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad;

i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original;

j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella;

k) los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquélla;

l) los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;

m) los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios;

n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición;

ñ) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios.

No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

Esta última previsión se corresponde con la doctrina elaborada al respecto en relación a los textos vigentes.

Art. 466. Prueba del carácter propio o ganancial.

Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.

Se mantiene el principio de presunción de ganancialidad propio de este régimen al tiempo de la extinción de la comunidad.

Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge.

La posibilidad que antes le correspondía a la mujer y que se extendía al otro cónyuge en función de la igualdad entre cónyuges vigente, se admite nuevamente para su oponibilidad frente a terceros siempre que se trate de bienes registrables. En ese caso en el momento de la adquisición tanto el cónyuge que los adquiere con la conformidad del otro, deben hacer constar esa circunstancia.

Es útil la previsión que sigue para el caso que el otro se niegue a prestarla o no pueda hacerlo. En ese caso puede requerir que se compruebe esa situación vía judicial para que una vez obtenida la declaración se margine el instrumento de adquisición. No exige que sea concomitante al acto ya que permite que se haga incluso frente a una omisión.

En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

Deudas de los cónyuges:

En el sistema vigente la ley 11.357 con la reforma de la ley 17.711, en el art. 5 se establece cuáles son las deudas personales de los cónyuges y en el art. 6 cuáles son las deudas comunes en los siguientes términos:

Art. 5: Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.

Art. 6: Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes.

La regla es la irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas del otro en tanto que las excepciones importan la posibilidad de que el cónyuge que no la contrajo también responda frente al acreedor (obligación concurrente¹²⁶) pero sólo lo haga con los frutos, esto es, con una clase especial de bienes gananciales.

En el Proyecto del año 1998 la cuestión está prevista en el art. 460 que dice así “*cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrató la deuda, pero sólo son sus bienes gananciales, excluidos los ingresos provenientes de su trabajo personal.*”. Por último en el art. siguiente (461) prevé la situación de recompensa en los siguientes términos: “*El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondo propios las deudas de la comunidad*”.

En Proyecto ahora en examen, el tema concerniente a las deudas de los cónyuges se encuentra regulado en la **Sección 3º del Capítulo 2º del Título II** referido al Régimen patrimonial del matrimonio.

Comprende dos artículos que dicen:

Art. 467. Responsabilidad.

Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales.

Se advierte que la regla sentada está en correspondencia con lo que actualmente prevé el art. 5 de la ley 11.357, pero su redacción ha sido mejorada haciendo una referencia a los cónyuges sin mención de su género indicando con qué bienes debe responder cada uno de ellos.

¹²⁶ Méndez Costa, M.J.: “Las deudas...”, pág. 155, expresa que la caracterización de las obligaciones concurrentes destaca sus diferencias con las solidarias: no implican una vinculación entre los sujetos pasivos, no se aplica en ellas el principio de contribución ni el efecto subrogatorio del pago, sin perjuicio de que, en algunos supuestos, el deudor que pagó recupere lo olvidado, pero entonces en virtud de reglas particulares de la deuda de que se trata. Consecuencias de la distinción de las obligaciones son también la independencia de la prescripción, la incommunicabilidad de la culpa y de la mora, y la insensibilidad de las restantes deudas a la extinción de una de ellas si resulta de un acto que no satisfaga al acreedor, porque si lo satisfizo mediante el pago, nada podrá exigir a los otros deudores por falta de causa.

En el segundo párrafo contempla el supuesto previsto en el art. 6 de la ley 11.357, en orden a las deudas por conservación de los bienes comunes, aclarando que se trata tanto de los gastos de conservación como los hechos para la reparación de los bienes “gananciales”, comprendiendo el supuesto previsto en el art. 1.275 inc. 2ª del C.C. que es una carga de la sociedad conyugal, pero no obstante ello sienta una responsabilidad que no aclara si es solidaria como la anterior (para manutención del hogar o educación de los hijos), por lo que no debe presumirse que lo sea, para quien no contrajo la deuda, por lo que estimo que se trata de deudas concurrentes, pero **inexplicablemente sienta la posibilidad de persecución del acreedor sobre la totalidad de los bienes gananciales**, sin discriminar entre los frutos y el capital, lo que perjudica al cónyuge no contratante en comparación al sistema ahora vigente.

También se desprende que se ha eliminado la exclusión prevista en el último párrafo del Proyecto del año 1998, ya que pueden ser embargados y ejecutados bienes del no contratante aún cuando se trate de ingresos de su trabajo personal, lo que a mi juicio resulta correcto ya que los recursos que ingresan por el trabajo personal de los cónyuges son frutos de bienes gananciales y no perjudican el capital ganancial que hubiera adquirido el no contratante.

En orden a la previsión del art. 461 del Proyecto del año 1998, se advierte que el art. 468 lo reproduce en los mismos términos:

Art. 468. Recompensa.

El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad.

Se trata de plasmar en una norma sencilla lo que la doctrina y jurisprudencia ya habían establecido al interpretar los alcances del art. 1.275 del C.C. que enumera las cargas de la sociedad conyugal, luego de la reforma de la ley 11.357 y especialmente la ley 17.711 a los arts. 1.276 y 1.277 del C.C. que permite la administración separada de los bienes gananciales por cada cónyuge.

Pese a establecer esta regla ya se ha advertido que en la enumeración de los bienes propios y gananciales el Proyecto se cuida de establecer expresamente los supuestos de recompensas que en cada caso corresponde reconocer, de manera que en primer lugar habrá que estar a lo que digan los artículos específicos y luego a la aplicación de esta regla de compensación.

Gestión de los bienes en la comunidad

En la sección 4º del Capítulo 2º del Título II relativo al Régimen patrimonial del matrimonio, están incorporadas las reglas relativas a la gestión de los bienes en el régimen de comunidad.

En el régimen vigente la regla está contenida en el art. 1.276 del C.C.¹²⁷

En el Proyecto del año 1998 la cuestión está contemplada en los arts. 462 a 468¹²⁸.

Dispone el Proyecto actualmente en estudio en el Congreso:

Art. 469. Bienes propios.

Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto lo dispuesto en el artículo 456.

La excepción que prevé hace referencia al régimen patrimonial primario que requiere el asentimiento del otro cónyuge para disponer sobre los derechos sobre la vivienda familiar, como de los muebles indispensables de ella, incluso su transporte fuera del hogar, ya analizado.

Art. 470. Bienes gananciales.

¹²⁷ Art. 1.276 CC: “Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1.277. Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto. (*Párrafo incorporado por art. 1º de la ley 25.781 12/11/2003*). Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas. (*Artículo sustituido por art. 1º de la ley 17.711 B.O. 26/4/1968*). Vigencia: a partir del 1º de julio de 1968).

¹²⁸ En los siguientes términos: Art. 462: *Bienes propios. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, salvo lo dispuesto en el art. 448. Art. 463: Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento el otro para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; en materia de títulos valores sólo se incluyen las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública y in perjuicio de la aplicación del art. 1.756; b) Los establecimientos, comerciales, industriales o agropecuarios; c) Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso a); d) Las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los arts. 448 a 451.”; Art. 464: *Bienes adquiridos conjuntamente. La administración y disposiciones de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges, corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del art. 450. A las alícuotas de dichos bienes se aplican las normas de los dos artículos anteriores. En todo lo no previsto en este artículo rigen, para las cosas, las normas del condominio. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el tribunal de la causa puede negarla si afecta el interés familiar. Art. 465 ausencia de prueba. Se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva. Art. 466: Fraude: son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo. Quedan a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Art. 467: Administración sin mandato expreso. Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso; sin obligación de rendir cuentas. Art.468. Ausencia o impedimento. Si uno de los cónyuges está ausente, impedido transitoriamente de expresar su voluntad si pone en peligro los intereses de la familia dejando deteriorar sus bienes propios o disipando o malversando sus rentas, o si su administración de los bienes gananciales revela ineptitud o fraude, el otro puede solicitar que se lo prive total o parcialmente de la gestión de sus bienes y le sea atribuida a él. En tal caso, el cónyuge tiene las mismas facultades que el sustituido, pero necesita autorización judicial para otorgar los actos que requirieren asentimiento conyugal. El cónyuge sustituido puede solicitar en todo tiempo la restitución de sus facultades si demuestra que los fundamentos de la medida han desaparecido”.**

La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.

Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

- a) los bienes registrables;**
- b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.824.**
- c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;**
- d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.**

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

Se corresponde este artículo con la previsión que se contempla en los arts. 1.276 y 1.277 actuales. En primer lugar se sienta la regla de administración separada aún dentro de la comunidad de ganancias, sin embargo, sería deseable que se sentara con claridad la exclusiva propiedad de cada cónyuge de lo que adquiere aún siendo ganancial.

En el segundo párrafo se enumeran los actos que requieren el asentimiento del otro cónyuge, reiterando la exigencia del mismo para enajenar o gravar los bienes registrables (en la ley vigente los bienes cuyo registro han impuesto las leyes), se estima que se trata de los mismos bienes ya comprendidos en el artículo vigente. En orden a las acciones la enumeración es técnicamente mejor que la que se proyectaba en el año 1998.

Incluye la participación en sociedades sin excluir a ningún tipo de sociedad en particular, lo que resulta por demás ventajoso para los intereses familiares.

Y se incorpora la exigencia del asentimiento para la disposición de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios aún cuando no funcionen bajo una figura societaria, en la medida que hayan tenido inicio o comienzo durante el matrimonio ya que se trata del asentimiento de bienes gananciales.

Los boletos de compraventa u otro tipo de compromisos referidos a estos bienes también requieren del asentimiento. Dado que las normas que regulan la venia judicial prevista para la disposición de la vivienda familiar rigen para suplir la omisión de asentimiento, el art. en cuestión se remite a lo ya dispuesto al respecto en los arts. 456 a 459.

Se recuerda que en estos artículos la sanción por falta de asentimiento debe requerirse dentro de los 6 meses de haberse conocido el acto de disposición pero no más allá de los 6 meses de disuelto el régimen patrimonial, y la venia puede ser otorgada por el juez si el otro está ausente, es incapaz o con capacidad restringida o su negativa no se justifica en protección del

interés de la familia, aclarándose que la venia una vez otorgada, le es oponible pero no lo obliga personalmente en virtud del negocio celebrado, lo que refuerza la condición de cónyuge no disponente y por ende, tercero en relación a la contraparte del contrato celebrado por el titular del bien ganancial.

Art. 471. Bienes adquiridos conjuntamente.

La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del artículo 458.

A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los DOS (2) artículos anteriores.

A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar.

En estos supuestos y en correspondencia con la reforma de la ley al art. 1.276 del C.C. vigente la previsión legal apunta a dejar en claro no una administración indistinta sino conjunta de manera tal que en estos supuestos ambos esposos son codisponentes –sin perjuicio del mandato expreso o tácito respecto de la porción de la que no es titular- y nada impide al codisponente que se lo autorice judicialmente a celebrar el acto que comprende estos bienes gananciales aún frente a la negativa expresa de uno de ellos.

Se permite expresamente que se apliquen las normas de condominio en todo lo no previsto, acercando el régimen de comunidad a lo que representa una comunidad actual de gananciales, **sin impedir que uno de ellos pida la división de ese condominio sujeto a que acredite la falta de afectación del interés familiar.**

O sea que el juez que interviene en la acción de división de condominio que pueda entablar un cónyuge respecto del otro puede negarse a conceder la autorización en la medida en que el interés familiar resulte comprometido. Contempla un supuesto que había dado lugar a opiniones encontradas en la doctrina sobre todo en relación art. 1.277 2º parte referido al hogar conyugal.

La norma es importante porque aún cuando un acreedor pueda ejercer la acción de división de condominio por vía subrogatoria de la porción indivisa de su deudor, sea esta propia o ganancial, el límite está dispuesto de manera expresa para el juez, cualquiera sea quien intervenga en la causa, el cónyuge o el acreedor, y aún cuando no se trate del hogar conyugal, exija que se acredite que no afecta el interés familiar.

Art. 472. Ausencia de prueba.

Se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva.

Aquí se trata de una presunción de condominio respecto de los bienes de titularidad dudosa que en un primer momento su gestión correspondía al marido y que luego en el sistema vigente corresponde a ambos esposos.

Art. 473. Fraude.

Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo.

Es correcto hablar de inoponibilidad más que de ineficacia y rigen en el caso los requisitos establecidos en el mismo Proyecto para el fraude (arts. 338 y ss del Proyecto en estudio). Se estima que se trata de un dolo específico para defraudarlo pero es preocupante la extensión que se le ha dado al fraude en el Proyecto al punto tal que puede hablarse de la intención de defraudar a “futuros acreedores” (cfr. Art. 339 del Proyecto). Si bien el art. 473 contempla un supuesto específico de fraude entre cónyuges, nada indica que los requisitos previstos en el fraude en general, no se puedan aplicar en estos supuestos.

En el sistema vigente la cuestión está prevista en los arts. 1.297 y 1.298 del C.C. en donde se dispone “*repútase simulado y fraudulento, cualquier arrendamiento que hubiere hecho el marido después de la demanda puesta por la mujer sobre la separación de bienes, si no fuese con consentimiento de ella, o con autorización judicial. Repútase también simulado y fraudulento todo recibo anticipado de rentas o alquileres. Art. 1.298 La mujer podrá argüir de fraude cualquier acto o contrato del marido, anterior a la demanda de separación de bienes, de conformidad a lo que está dispuesto respecto a los hechos en fraude de los acreedores*”.

Se trata de supuestos de fraude conyugal específicos pero que no escapan a las reglas generales del fraude a los acreedores (arts. 955 y ss. del C.C. vigente). El requisito que no se requiere es que sea indispensable que el cónyuge que pide la inoponibilidad tenga un crédito de fecha anterior. El art. 473 del Proyecto dice “*propósito*” de defraudarlo lo que supone un dolo específico y que acarree daño al otro cónyuge.

Art. 474. Administración sin mandato expreso.

Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.

La norma debe correlacionarse con lo dispuesto por el art. 459 y 460 del Proyecto en

donde se prevé no solamente la posibilidad de que un cónyuge dé mandato expreso al otro para representarlo, sino también que en caso de que no pueda o esté ausente sea autorizado por el juez para hacerlo. En caso de no existir ni mandato expreso ni encargo judicial, el mismo art. 460 última parte dispone que puede existir mandato tácito o gestión de negocios, situaciones reguladas en el Proyecto en los arts. 1.319 y ss. y 1.781 y ss.

Se advierte la diferencia que presenta frente al Proyecto del año 1998, en donde en el art. 467 ya transcrito el cónyuge no tenía obligación de rendir cuentas. **En el Proyecto actual es posible acordar la obligación de rendir cuentas** (cfr. Art. 459 del Proyecto) ya que se trata de una previsión del régimen básico o primario).

No se observa que se haya reiterado la previsión del art. 468 aún cuando en el art. 460 del Proyecto se prevé la cuestión de la ausencia o impedimento transitorio de expresar la voluntad.

Extinción de la comunidad

Art. 475. Causas.

La comunidad se extingue por:

- a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;**
- b) la anulación del matrimonio putativo;**
- c) el divorcio;**
- d) la separación judicial de bienes;**
- e) la modificación del régimen matrimonial convenido.**

Se trata de una enumeración que en se corresponde con el sistema vigente (art. 1.291 del C.C.), pero que incluye en el último inciso -que reitero es mejor que se enuncien numéricamente- como causal de extinción el cambio de régimen que se corresponde con la modificación del régimen de bienes adoptado por los cónyuges sea en la convención prenupcial o sea posteriormente durante la vigencia del matrimonio.

Las opciones son mantenerse en el sistema supletorio de comunidad o elegir el sistema de separación de bienes. Las causas de separación judicial de bienes que obviamente sólo se refieren a aquellos matrimonios sujetos al régimen de comunidad que actualmente están previstas como causas excepcionales de separación arts. 1.291 a 1.294, se encuentran enumeradas en el Proyecto en el art. 477.

La gran preocupación que apareja la reforma se centra no sólo en la posibilidad de elegir un régimen de separación que no aparece ni más justo ni se adecua a nuestras costumbres, sino

esencialmente en la posibilidad de modificación del régimen elegido durante la vigencia el matrimonio, cuando en verdad es más prudente mantener durante el matrimonio la elección inicial para resguardo tanto de los propios cónyuges como de terceros.

La posibilidad que le acuerda el nuevo sistema a ambos esposos de pasar de un régimen a otro, con las deficiencias de registración que se van a suscitar durante su aplicación práctica, supone que anualmente pueden verse en la necesidad de requerir la liquidación de los bienes gananciales con las respectivas recompensas y la incorporación de los bienes adjudicados al acervo personal y propio del subsiguiente régimen de separación, es decir, generar permanentemente acuerdos privados de distribución de los bienes en donde el cónyuge más débil en la negociación puede resultar perjudicado.

Art. 476. Muerte real y presunta.

En caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento, sin que se pueda convenir la continuación de la comunidad. En el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento.

En relación a la primera causal y concordando con el art. 476 del Proyecto, la muerte de uno de los cónyuges extingue el régimen de bienes en el caso de comunidad, sin que se pueda convenir continuar bajo el mismo. Esta prohibición hay que cotejarla con la derogación de la ley 14.394 y los arts. 2.330 del Proyecto referidos a los supuestos de indivisión forzosa.

En el Proyecto del año 1998 la cuestión se encuentra regulada en el art. 469 en los siguientes términos *“Causas. La comunidad se extingue por: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio vincular; d) la separación judicial de los cónyuges; e) la separación judicial de bienes; f) el cambio del régimen matrimonial convenido.*

Se advierte de este Proyecto que al mantenerse la posibilidad de separación judicial de los cónyuges, se incluye éste como causa de disolución del régimen y se incorpora el cambio del régimen matrimonial convenido, en consonancia con la habilitación de convención. Se contempla la nulidad del matrimonio, denominándola correctamente “anulación” y la prevé para el caso del matrimonio putativo sea de buena fe de uno o de los dos.

Separación judicial de bienes:

En el Código vigente la situación se encuentra prevista en los arts. 1.290 y 1.294 del C.C., este último con la reforma de la ley 23.515.

El art. 1.294 del C.C. dispone “*uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge*”.

El art. 1.290 del C.C. dispone: “*Si la mujer no quisiere someter esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos*”. Este artículo debe correlacionarse con el art. 1.289 del C.C. que dispone que: “*si por incapacidad, o excusa de la mujer, se encargare a otra persona la curaduría del marido, o de los bienes de la sociedad conyugal, el curador tendrá la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido*”.

De acuerdo a lo que se observa en el **art. 471 del Proyecto del año 1998**, en este se dispone “*la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; b) en caso de concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge; c) los cónyuges están separados de hecho in voluntad de unirse; d) si, por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero*”.

Se desprende de su cotejo con el sistema vigente, que se mantiene la separación judicial de bienes como una causa de disolución de la comunidad de excepción, que no opera *ipso iure*, sino a pedido del interesado y en la medida en que se dé una causa legal, diferenciándose así de la posibilidad de acordar un régimen de separación de bienes con el que en este Proyecto ya cuentan los esposos. Se trata entonces de una vía unilateral de obtener el cambio del régimen en defecto del acuerdo con el otro cónyuge.

Correctamente no incluye en la consideración del concurso, la necesidad de que el solicitante acredite el peligro de perder su eventual derecho a los gananciales.

El Proyecto no mantiene la hipótesis del abandono culpable como causa de extinción de la comunidad, sino que permite que frente a la separación de hecho cualquiera de los cónyuges solicite la liquidación de la comunidad habida, lo que se corresponde con el principio de ganancialidad que se sustenta en la convivencia. Si ya no hay más convivencia, aún cuando ahora no aparece como un deber conyugal expreso, es razonable que los bienes que uno y otro adquieran, después de la separación, no se compartan.

Al respecto señala Méndez Costa que “*el abandono de hecho priva del fundamento ético y económico a la subsistencia de la comunidad de gananciales al cesar la colaboración mutua*”.

en el marco de la convivencia matrimonial”.

En el sistema vigente no había uniformidad en la doctrina sobre los supuestos distintos al abandono tales como un acuerdo consensuado de separación o un abandono de hecho recíproco en el que ninguno estaba legitimado para deducir la acción (mayoría Jornadas de Bariloche 1989). Se advierte que el Proyecto se apoya en la posición que en esas Jornadas fue minoritaria en cuanto sostenía que la sola separación de hecho provocaba la causal, habilitando a cualquiera a pedir la separación de bienes.

Si a la vez se ha eliminado el divorcio por culpa o causa subjetiva, también es razonable que la sanción patrimonial anexa a la culpabilidad que ahora contiene el art. 1.306 del C.C. para quien abandonó al otro, no se mantenga.

Se agrega la posibilidad de la quiebra de manera expresa aún cuando no había controversia que el supuesto estaba alcanzado en la normativa en vigencia.

Se mantiene la posibilidad de pedir la separación si uno de los cónyuges no ejerce la curatela del otro incapaz y no desea que los bienes gananciales de propiedad del mismo sean administrados por un tercero.

De acuerdo al Proyecto ahora en estudio, la separación judicial de bienes se encuentra prevista en el art. 477 que dice:

Art. 477. Separación judicial de bienes.

La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

- a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;**
- b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;**
- c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;**
- d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.**

Se advierte que en consonancia con la eliminación de la posibilidad de pedir la separación personal entre los cónyuges que se la ha eliminado y mantiene todos los supuestos ya previstos en el Proyecto del año 1998.

Del mismo modo el art. siguiente reitera la previsión dispuesta por el art. 470 del Proyecto del año 1998 en los siguientes términos:

Art. 478. Exclusión de la subrogación.

La acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge por vía de subrogación.

Se trata de una previsión congruente con la naturaleza de la acción, si bien de índole patrimonial, de resorte exclusivo de los integrantes de la pareja.

Esta limitación no perjudica a los acreedores quienes en función del principio de irresponsabilidad no tienen por qué temer que la mala administración o la quiebra o concurso del otro cónyuge no deudor, lo pueda perjudicar. Al respecto dice Méndez Costa que “*el interés de los terceros no se toma en cuenta para la configuración de la causal porque es cuestión entre cónyuges y aquéllos disponen de medio propios en defensa de la integridad del patrimonio que constituye su garantía*”.

Dado que ahora se dispone que los dos cónyuges responden solidariamente frente a la deuda contraída para atender el sostenimiento y educación de los hijos comunes o que convivan con ellos, si uno de los cónyuges cae en concurso o quiebra es probable que el otro cónyuge soporte la totalidad.

En correspondencia con lo que ya preveía el art. 473 del Proyecto del año 1998, el art. 479 dispone:

Art. 479. Medidas cautelares.

En la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el artículo 483.

En orden al momento al partir del cual debe considerarse extinguida la comunidad, el art. 474 del Proyecto del 1998 establecía “*Momento de la extinción. Las sentencias de anulación del matrimonio, divorcio vincular, separación judicial o separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. Sin embargo, a pedido de uno de los cónyuges, el tribunal puede decidir si lo considera equitativo que en las relaciones entre ellos los efectos de la extinción se retrotraigan al día de su separación de hecho. En los casos de separación judicial de los cónyuges y separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los arts. 497 a 501*”.

Del cotejo de este artículo con el art. 480 proyectado, se pueden marcar algunas diferencias de significación. El mismo establece:

Art. 480. Momento de la extinción.

La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508.

Se distinguen los alcances según cual fuera la causa invocada, pero **en consonancia con la ideología que informa la reforma, resulta indiferente la conducta culpable del cónyuge en la separación**, de manera que se elimina la posibilidad que antes le cabía al cónyuge inocente de participar en los bienes gananciales que había adquirido el culpable luego de la separación de hecho (bienes gananciales anómalos).

La posibilidad que se le concede al juez para modificar la extensión del efecto retroactivo con los parámetros del fraude o abuso del derecho, no estaba contemplada en el Proyecto del año 1998. A mi juicio la redacción que tenía el artículo en el Proyecto anterior era mejor ya que el margen de elasticidad que ahora se quiere dar, no exigía ni fraude ni abuso, **bastaba la aplicación de un criterio de equidad en función de las circunstancias del caso.**

No es claro el artículo si la posibilidad que le da al juez de modificar la extensión del efecto retroactivo se refiere únicamente al caso de la separación de hecho¹²⁹, o puede extenderse

¹²⁹ Al comentar la ley 26.618 Ferrer, op. cit. pág. 208, recuerda que la separación de hecho de los cónyuges en el régimen vigente no es causa de disolución de la sociedad conyugal, aunque produce un efecto: el culpable de la separación no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del inocente, pero éste sí participa en los gananciales que hubiese adquirido el culpable en ese lapso (art. 1.306, último párrafo). La solución es criticada, y la moderna doctrina judicial y autoral predominante considera que dicha norma no se aplica en los casos de separación divorcio por presentación conjunta o fundados en la causal objetiva de separación de hecho (arts. 203 y 205, 214, inc. 2º y 215 del C.C.) en cuyos supuestos, no habiéndose dejado a salvo la inocencia de uno de los cónyuges, ninguno de ellos puede tener derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro a partir del momento en que cesó la convivencia, pues en estos casos la ley presume que ambos consortes son culpables de la separación, y además ha cesado la convivencia, que es la base de la ganancialidad. Acota que con la ley 26.618 se perdió la oportunidad de establecer la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal para concluir con la incertidumbre que actualmente suscita la cuestión. No obstante tan autorizada doctrina cabe aclarar que no es cierto que la ley presuma que ambos consortes son culpables de la separación, sino únicamente la ley sanciona al culpable respetando a su vez la decisión de ambos esposos de recurrir a la presentación conjunta que no investiga sobre responsabilidades de la ruptura, o de optar por separarse o divorciarse en los supuestos de cese de la convivencia sin reproche de culpas, esto es en aquellos

a los otros supuestos de divorcio o separación de bienes.

La necesidad de acreditar el fraude o el abuso que son dos conductas contrarias al principio de buena fe, por lo que su ocurrencia no se presume, implica que en el juicio respectivo van a tener que ventilarse las cuestiones personales que rodeaban la vida en pareja para verificar el propósito de defraudar o de abuso del derecho, por lo que en definitiva indirectamente las cuestiones personales concernientes a la conducta personal del cónyuge no pueden soslayarse.

En definitiva y mal que le pese a quien pretende ignorar la realidad de las miserias humanas, los jueces van a tener que interiorizarse sobre las conductas personales previas al divorcio.

Quien realmente valora la función jurisdiccional no puede ignorar que la ciudadanía reclama justicia y la justicia no se recrea ignorando la conducta de quien es infiel, abandona, injuria o es violento, es decir de aquél que en definitiva lesionó el pacto de respeto y confianza recíprocas que debió honrar al contraer matrimonio.

En este sentido pedir que un juez valore un acuerdo, una petición de división de condominio, etc. ignorando quién se comportó abusando de su derecho o lesionando el principio de buena fe, es pedirle que ignore la realidad, e ignorando la realidad lo único que consagramos es la injusticia. Dar a cada uno lo suyo no es darle a todos lo mismo, sino lo que cada cual se merece de acuerdo al modo en que eligió ejercer su libertad¹³⁰.

supuestos en los que ninguno de ellos pretende la declaración de culpabilidad del otro. Ante la falta de convivencia cesa la razón que sustenta la presunción de ganancialidad, y no habiendo un culpable a quien deba imponerse una sanción por la conducta matrimonial, ya que sin la declaración de inocencia exclusiva de alguno de los cónyuges en la ruptura matrimonial, no hay razón para habilitar la participación en los gananciales adquiridos con posterioridad a la separación de hecho (bienes anómalos).

¹³⁰ Otros prestigiosos autores afirman que no es conveniente eliminar toda apreciación de la culpa, debiendo el juez disponer de facultades para tenerla en cuenta a fin de introducir en el ordenamiento jurídico “consideraciones de decencia y de honestidad en las que seguramente está de acuerdo la gran mayoría de la gente”. Tales juristas afirman que la postura de ignorar las culpabilidades tiene “el inconveniente de que, otorgar el mismo trato al bien y al mal, se pasa a pensar que el bien y el mal no existe. El cónyuge que con sus vicios o su crueldad hace imposible la subsistencia del matrimonio, por ejemplo, conforme a ese principio es acreedor a la pensión complementaria (compensatoria), si es más pobre, siempre que no viva luego maritalmente...La pensión presenta, así, una doble faz: para el cónyuge más pobre es un incentivo al divorcio, al asegurarle, una vez divorciado y libre de los deberes conyugales, la misma posición económica, y ello aunque sea el causante de la ruptura: quien ha abandonado a la familia, por ejemplo. Para el cónyuge rico es una barrera, pues sabe que si pide el divorcio, por graves que sean las culpas del otro, habrá de compartir con él sus ingresos. Por supuesto, la culpabilidad tampoco constituye una ventaja a estos efectos: el cónyuge inocente, tiene asimismo, en caso de desequilibrio económico desfavorable a él, derecho a la pensión”, Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís “Derecho de Familia”, Bosch, Barcelona, 1984, p. 262 citado por Fanzolato Eduardo I. en “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, Separata de la Revista 2001-1 de Derecho privado y comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 25.

Modernamente tiende a desvanecerse la atribución de culpas en el divorcio; sin embargo, la desaparición absoluta de toda referencia a la culpa ofrece ciertas repulsas sociales que generan concesiones al sistema de divorcio sanción. Las leyes que reconocen los alimentos resarcitorios de posición perdida que en realidad, son alimentos resarcitorios a favor del inocente (arts. 207 y 218 del C.C.) o que consagran una genérica indemnización por daños y perjuicios

Indivisión postcomunitaria¹³¹:

No hay consenso en la doctrina sobre la terminología para indicar la situación en que se encuentran los bienes gananciales luego de la disolución del régimen de comunidad. En el régimen vigente podría denominarse este período como “indivisión postsocietaria” (posterior a la sociedad conyugal)¹³².

Siguiendo a Ferrer¹³³ podemos decir que la disolución de la sociedad conyugal hace cesar la ganancialidad ya que se dejan de aplicar las normas que asignan carácter ganancial a los fines que adquieran los cónyuges a partir de la fecha de disolución de la sociedad conyugal, y especialmente, se actualiza el derecho en expectativa de cada cónyuge sobre la mitad de los bienes gananciales que a la fecha de la disolución son de titularidad del otro, transformándose en un derecho actual (art. 1.315 del C.C.). **A partir de la disolución del régimen, los cónyuges pasan a ser propietarios actuales por partes iguales de los bienes gananciales existentes a ese momento**¹³⁴, los cuales quedan sujetos a un estado particular de indivisión que según el criterio doctrinal y jurisprudencial predominante se caracteriza por un condominio por partes iguales sobre las cosas gananciales y una copropiedad sobre los derechos y los créditos también gananciales, condominio o copropiedad que no tienen efectos frente a terceros mientras no obtengan la necesaria publicidad conforme a la naturaleza de cada objeto particular, derivada de su inscripción registral o de la posesión y adjudicación del bien mueble no registrable en el convenio particionario presentado al juicio de divorcio. Según las reglas del condominio, los cónyuges deben administrar los bienes de común acuerdo y en caso de discrepancias, resuelve el juez (agr. art. 2.706). Los actos de disposición deben ser realizados conjuntamente por los dos cónyuges (art. 2.682), pues ambos tienen un derecho de dominio actual, por lo cual el juez no podrá otorgar la autorización supletoria, desde que ambos siendo copropietarios, sea aplica la regla de que nadie puede ser obligado a vender (art. 1.324), sin perjuicio de que mientras el

derivados del divorcio, mantienen la determinación de la culpa en la causa del desquicio conyugal como factor de atribución”, pág. 73.

¹³¹ En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As. 1987, comisión 5° Se aprobó: “*debieran incorporarse al Código Civil disposiciones expresas relativas al estado de indivisión postcomunitaria, su publicidad, la liquidación de los bienes y la contribución en las cargas. Asimismo, a los modos de partir los gananciales que concilien los intereses de ambos cónyuges o sus herederos*”.

¹³² Enseña Ferrer, op. cit., pág. 209, que la disolución de la sociedad conyugal produce diversos efectos: a) el régimen patrimonial matrimonial es sustituido por otro, cuyas características no están legalmente definidas ni tampoco está orgánicamente regulado, y que se extiende desde la fecha de la disolución del régimen hasta la partición concluida de los gananciales, período que se denomina, según los diversos criterios, indivisión poscomunitaria, possocietaria, posrégimen o posganancial. Es una situación transitoria, destinada a concluir con la partición y cuya duración dependerá fundamentalmente de los propios cónyuges.

¹³³ Ferrer, op. cit. pág. 209.

¹³⁴ VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979).

condominio no tenga publicidad registral seguirá rigiendo el art. 1.277, que exige la intervención del cónyuge no titular en los actos de disposición de bienes inmuebles o muebles registrables.

Es positivo que la reforma se ocupe de regular esta especial situación en la que se encuentran los bienes gananciales ya que el vigente no lo regulaba remitiendo a las normas de indivisión hereditaria (arts. 3.449, 3.450 y 3.451 del C.C.), que poco auxiliaban al respecto, al punto de existir una discrepancia muy marcada entre la doctrina sobre cuáles eran las reglas que se aplicaban para los supuestos de disolución de la sociedad conyugal por causa distinta de muerte.

Se advierte que en el Proyecto actual¹³⁵ se consagra el predominio de la postura de Zannoni¹³⁶ quien sostenía que cuando la causa de disolución de la sociedad conyugal no operaba por la muerte debían establecerse otras reglas más adecuadas a la situación de comunidad de bienes gananciales. En efecto, cuando la disolución se produce por la muerte de uno de los cónyuges todo lo atinente a los bienes gananciales se rige por las normas de distribución de las herencias, en tanto que cuando la disolución opera por otra causa (por ejemplo, divorcio, cambio del régimen, nulidad, etc.), las reglas que se aplican son las que expresamente prevé en el articulado que sigue.

Indivisión postcomunitaria

Art. 481. Reglas aplicables.

Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria.

Si se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos siguientes de esta Sección.

¹³⁵ En el Proyecto del año 1998 la cuestión se encontraba regulada en los arts. 475 y 476 del C.C. en los siguientes términos: Art. 475: “*Gestión de los bienes. Los actos de administración y disposición de los bienes integrantes de la indivisión poscomunitaria requieren el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, el de sus herederos. Los meramente conservatorios pueden ser ejecutados por cualquiera de ellos.* Art. 476 *Administrador: cualquiera de los interesados puede solicitar la designación de un administrador de la masa indivisa, la que se hace según las reglas establecidas por la legislación local para el nombramiento de administrador de las herencias*”.

¹³⁶ De acuerdo a su posición se debe distinguir según cuál sea la causa de la disolución de la sociedad conyugal: si se disuelve por separación personal, divorcio o nulidad de matrimonio o separación judicial de bienes, aunque internamente en la relación entre los cónyuges se forme una indivisión o comunidad de derechos a efectos de su liquidación y partición entre los cónyuges, estas relaciones de comunidad no trascienden al exterior, no hay indivisión, por lo cual continúa el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales de responsabilidad separada por las deudas de los cónyuges, y se liquidan por separado ambas masas de gananciales, por el contrario, si la disolución es por causa de muerte de uno de los cónyuges, y concurre el supérstite y los herederos del fallecido, se forma una universalidad jurídica, que absorbe la indivisión de los gananciales y se rige por las reglas sucesorias

Art. 482. Reglas de administración.

Si durante la indivisión postcomunitaria los ex cónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta sección.

Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.

El período de indivisión concluye con la liquidación del régimen de comunidad momento en el cual se distribuyen los bienes gananciales dividiendo por mitades entre los cónyuges los bienes gananciales existentes en el patrimonio de cada uno de ellos al tiempo de la extinción del régimen, oportunidad en la que tienen lugar las recompensas previstas para equilibrar la masa ganancial y el patrimonio personal o propio de cada partícipe.

Dado que se ha optado porque continúen rigiendo las reglas relativas al régimen de comunidad en lo que hace a propiedad, administración, gestión y deudas, en principio el cambio de régimen sólo debería interesar a los esposos.

En ese sentido no aparece coherente con el régimen de comunidad que importa la consolidación de un derecho de propiedad y no de crédito frente al copartícipe¹³⁷, que uno de los cónyuges pueda efectuar actos de disposición de los bienes indivisos sin el concurso de la voluntad del otro.

En este aspecto la previsión del art. 482 última parte del Proyecto, **a mi juicio no consulta la verdadera naturaleza común que revisten los bienes gananciales una vez que se extinguió el régimen de comunidad.**

No es bueno recrear un deber específico y una facultad correlativa sin precisar con

¹³⁷ Otra doctrina considera que la indivisión constituye una universalidad jurídica en la que los comuneros no tienen derecho sobre los bienes singulares que la componen (art. 3.281 del C.C.), sino que pasan a ser titulares cada uno de una parte alícuota de esa universalidad, y se caracteriza por la formación de una sola masa de activo y una sola masa de pasivo, debiendo éste deducirse de aquél. El resultado neto será el remanente o la ganancia a repartir. Respecto de los acreedores, sufrirán un encogimiento de su garantía, en tanto ahora sólo podrán agredir una porción alícuota de los bienes gananciales de su deudor, pero a la vez se benefician con un estiramiento, porque su garantía patrimonial se extenderá a una porción alícuota de los gananciales del otro cónyuge, ya que se forma una sola masa patrimonial, tal la postura de Guaglianone). Por su parte, Belluscio, Augusto C. sostiene que la indivisión es similar a la indivisión hereditaria. Por el contrario, Fassi y Bossert, afirman que tras la disolución de la sociedad conyugal no se forma una masa única indivisa de gananciales, sino que subsiste la distinción entre la masa de gananciales de cada uno de los esposos, continuando la administración y disposición como era antes de la disolución manteniendo su vigencia los arts. 1.276 y 1.277 del C.C. como también los arts. 5 y 6 de la ley 11.357, que consagran el régimen de separación de deudas, y se efectúa la liquidación por separado de ambas masas, por eso se habla de “liquidación poscomunitaria”. Los cónyuges se dividen por mitades el activo neto de cada masa, una vez satisfechas las deudas que poseen sobre ellas.

exactitud en qué momento debe ejercerse el deber o la facultad. En este aspecto la previsión de que la información se efectúe “*con antelación razonable*”, deja un margen de discrecionalidad muy elástico que poco auxilia para que existan reglas claras al respecto.

Hubiera bastado con que **ambos dispusieran de manera conjunta tal y como corresponde a quienes se les reconoce la calidad de condóminos o copropietarios**, y en definitiva, la solución propuesta poco es lo que difiere con lo que sucede cuando la disolución opera por muerte, en donde la autorización para disponer de bienes indivisos ante la falta de conformidad de los herederos, la resuelve el juez en excepcionales casos que se fundan en el interés de la propia sucesión¹³⁸.

En cuanto a la posibilidad que da para que el otro esposo se oponga, si bien se prevé que esta oposición pueda tener lugar cuando el acto proyectado vulnere sus derechos, **se está abriendo una situación que puede generar conflictos entre las partes que se hubiera evitado si directamente se actualizara la comunidad sobre la masa total de bienes gananciales debiendo concurrir al otorgamiento del acto ambos esposos**, sobre todo porque **está en sus manos acceder a un régimen de separación de bienes.**

Si no lo han elegido es porque su relación -al menos en la faz económica- es más estrecha y por ende, su compromiso con el derecho del otro se estima mayor, que aquellos cónyuges que han elegido un régimen de separación desde el inicio, o durante la unión.

También se advierte que los **actos de administración extraordinaria** están excluidos de la previsión legal, por lo que estimo que lo único que puede realizar el titular del bien indiviso son actos de administración “ordinaria”, ninguno de disposición (jurídica o material), cualquiera sea la naturaleza de los bienes indivisos.

Si se trata de la **vivienda familiar o bienes muebles del hogar**, la cuestión no se modifica con la extinción del régimen ya que rige para todos los supuestos la necesidad del asentimiento del otro cónyuge no titular.

Art. 483. Medidas protectorias. En caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes:

- a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada;**
- b) su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro; su desempeño**

¹³⁸ Tales los supuestos de cosas perecederas, para pagar gastos de conservación, acreencias de la sucesión, cargas de la sucesión, etc. Cfr. Art. 707 del C. Proc. C.C. Cba.

será regido por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia.

Se trata de una venia supletoria similar a la prevista en relación a la vivienda¹³⁹ pero no se restringe a ese supuesto sino que alcanza a cualquier tipo de bienes y respecto de cualquier acto, aún los no enumerados en el art. 458 del Proyecto¹⁴⁰.

La previsión contenida en el segundo párrafo que permite que sea un administrador de la masa del otro, aparece como una medida excepcional en tanto las otras medidas hubieren fracasado.

Art. 484. Uso de los bienes indivisos.

Cada copartícipe puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro.

Si no hay acuerdo, el ejercicio de este derecho es regulado por el juez.

El uso y goce excluyente sobre toda la cosa en medida mayor o calidad distinta a la convenida, solo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente, y en beneficio del oponente.

Es positiva la previsión ya que no pueden aplicarse en el caso las reglas del condominio por cuanto ninguno de ellos puede formar mayoría, de manera que en caso de desacuerdo es el juez quien decide teniendo presente en primer lugar, el interés familiar y en segundo lugar, lo que sea más adecuado al caso concreto, teniendo en cuenta el principio de igualdad entre los cónyuges.

El último párrafo genera cierta perplejidad ya que si el régimen es de comunidad y ya se extinguió el derecho en expectativa que le corresponde al cónyuge no titular sobre los bienes gananciales, **debería considerarse actualmente como un condominio de manera que una indemnización posterior frente a un exceso en el uso y goce del bien (lo que implica un ejercicio abusivo de un derecho)**, no aparece como la mejor solución o la más justa donde

¹³⁹ Art.456 del Proyecto. “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 seis meses de la 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”.

¹⁴⁰ Art. 458 del Proyecto dispone: “*uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz o con capacidad restringida, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo*”.

deberían sancionarse a quien no ha respetado el acuerdo sobre la modalidad de uso y goce excluyente acordada o dispuesta por el juez.

La reparación del perjuicio que prevé la norma proyectada si bien correctamente se la califica como “reparación”, esto es, una indemnización, al mismo tiempo se restringe la indemnización a los daños que se hubieran producido a partir de una oposición fehaciente, lo que en definitiva quita valor normativo a lo acordado o resuelto previamente por el juez al respecto y obliga a hacer un cuestionamiento extrajudicial frente al incumplimiento, cuando en puridad se trata de una indemnización que debe ser resarcitoria en función de la conducta del condómino o copartícipe que no respeta el convenio de uso o lo que en su momento resolvió el juez.

Art. 485. Frutos y rentas.

Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión. El copropietario que los percibe debe rendición de cuentas, y el que tiene el uso o goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro la solicita.

A mi entender aquí hay una contradicción. Si de acuerdo a la regla sentada en primer lugar y que se corresponde con un principio de atribución aplicado también durante el régimen, los frutos y rentas acrecen al bien del que provienen, no se comprende por qué quien tiene el uso exclusivo de un bien indiviso y que debe rendir cuentas sobre los frutos percibidos sólo deba compensación a la masa desde que el otro cónyuge lo solicite y **no desde el momento en que nace la indivisión, ya que una cuestión es la distribución del uso del bien indiviso y otra cuestión es el goce de sus frutos; salvo acuerdo o disposición del juez en contrario, nada impide que los frutos devengados durante la indivisión acrezcan la masa partible en beneficio de ambos contrayentes.**

Art. 486. Pasivo.

En las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de los Arts. 461, 462 y 467 sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común¹⁴¹.

¹⁴¹ Art. 461 del Proyecto: “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. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”. Art. 462: “Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al

Con la modificación ya no es necesario recurrir a la armonización de los arts. 5 y 6 de la ley 11.357 y el art. 1.275 del C.C. que comprendía las cargas de la sociedad conyugal, ya que no existe un pasivo provisorio y un pasivo definitivo de la sociedad, sino únicamente deudas de los cónyuges y que en la relación externa o frente a terceros se aplican las mismas reglas que se aplicaron durante la vigencia del régimen.

Lo novedoso en este tema es que **permite inmiscuirse al acreedor en la cuestión atinente a la partición de los bienes gananciales por vía subrogatoria**, de manera que si el régimen de comunidad ya se extinguió basta con que el acreedor del cónyuge intime a su deudor a que inste la partición para que el acreedor esté habilitado para lograrla beneficiándose con la incorporación de la mitad indivisa de los bienes gananciales al patrimonio de su deudor.

Esta posibilidad correlativamente puede perjudicar a los acreedores del otro cónyuge ya que va a tener que compartir los bienes gananciales de su titularidad con el otro; el estiramiento y encogimiento correlativos que se producen con la extinción del régimen de comunidad tanto pueden beneficiar como perjudicar a los acreedores según cuál sea su situación de cada cónyuge frente a ellos. En este aspecto el Proyecto se inclina por una de las posturas doctrinarias que se elaboraron en torno a esta cuestión¹⁴².

Art. 487. Efectos frente a los acreedores.

La disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor.

En el sistema vigente, la protección de terceros frente a la disolución de la sociedad conyugal está prevista en el **art. 1.306 del C.C.** en cuanto dispone que el efecto retroactivo de la liquidación no puede perjudicar a terceros¹⁴³, pero a mi juicio el artículo proyectado tiene una extensión mayor ya que no se refiere al efecto retroactivo sino directamente a la disolución misma, de manera que cualquier consecuencia que se derive de la disolución no puede serle opuesta a los acreedores anteriores, de modo tal que **la posibilidad de acceder a la mitad de los**

uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la anulación dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial". Art. 467: "Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales".

¹⁴² Ver posturas relacionadas por Ferrer en Méndez Costa en "Código Civil Comentado..." cit., pág. 209.

¹⁴³ Dice el art. 1306 del C.C. ref. ley 17.711: "La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de terceros de buena fe..."

bienes gananciales indivisos del otro cónyuge, queda supeditada a la falta de perjuicio a terceros extraños al matrimonio, cuando en verdad, frente al régimen de administración separada y especialmente de separación de deudas (que rige tanto en el régimen de comunidad como el régimen de separación de bienes), **nada impide que el acreedor agreda los bienes de su deudor de cualquier calidad, sean propios o gananciales (art. 5, ley 11.357), en la medida en que la disolución de la sociedad conyugal no le sea oponible.**

De la forma en que está redactada la norma aparece como que el criterio es solamente objetivo: **si la deuda es anterior no puede serle opuesta la disolución si le acarrea perjuicio,** teniendo derecho a atacar íntegramente el patrimonio del cónyuge deudor, cuando en verdad -al menos en el régimen vigente- **la posibilidad de agresión se centra no en el momento del nacimiento de la deuda, sino esencialmente en el momento en que se le exige compulsivamente el pago**¹⁴⁴.

Si al momento de exigírsele el pago, la mutación patrimonial por disolución del régimen de comunidad ya se operó con la publicidad prevista (incluso la inadecuada registración que prevé el propio Proyecto), ¿qué razón hay para generar una inoponibilidad genérica si el acreedor no tomó ningún resguardo en protección de su crédito?

¿Es qué acaso la ganancialidad¹⁴⁵ en sí misma, no se la mira como una cuestión justa, valiosa, en definitiva, equitativa¹⁴⁶, o se la mira con desfavor? ¿A quién se privilegia en

¹⁴⁴ Méndez Costa, M. J.: “Las deudas...”, pág. 101 y ss.

¹⁴⁵ Reflexiona Fanzoloto: “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, cit. pág. 33 y ss. que al disolverse un régimen patrimonial relativamente comunitario, siempre que los cónyuges hubiesen obrado con honestidad, no cometiendo fraudes en perjuicio de los eventuales derechos del otro, y no hubiesen sustraído u ocultado bienes que corresponderían a la masa a dividir, el principio de ganancialidad tiende a neutralizar las injusticias que, con frecuencia se generan cuando se extingue un régimen de separación; en particular, porque el imperativo legal de dividir por mitades todos los gananciales, sin reparar en los aportes económicos de cada esposo, significa un implícito reconocimiento de importantes “servicios familiares”, “ayudas” o “colaboraciones” no retribuidas que, a pesar de su trascendencia en el patrimonio, en la personalidad y en la libertad del otro, resultan imponderables en dinero, y por ende no son susceptibles de justipreciarse, a los fines de obtener una recompensa económica, en las operaciones de liquidación; tales como la dedicación al hogar y al cuidado y educación de los hijos comunes, la capacitación profesional, la experiencia, el prestigio logrado por un cónyuge merced al esfuerzo conjunto convivencial, la participación colaborativa y gratuita más o menos esporádica o continua en las empresas del otro, etc., aunque aclara que este mecanismo de nivelación retributiva que se logra a través de la partición por mitades de las adquisiciones logradas durante el matrimonio sólo funciona si existe un patrimonio ganancial neto a dividir, porque cuando no existe semejante masa partible o su composición es exigua, aquellas invalorable contribuciones de uno de los consortes que engrosaron el haber o riqueza extrapecuniaria, el acervo moral, las cualidades, posibilidades, calificaciones profesionales y prestigio del otro, quedan sin compensar, lo que genera una verdadera injusticia que debería ser prudentemente remediada, a través de instrumentos jurídicos específicos.

¹⁴⁶ Méndez Costa, M. J.: “Estudios ...”, citado, pág. 83, al tratar sobre el principio de ganancialidad expresa que “*la denominación sociedad conyugal es aceptable y no por fuerza de la inercia ni por su sencillez. Es aceptable por una razón de fondo: la idea de sociedad es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar en común, compartiendo igualmente riesgos y desventajas. Trasunta una concepción del matrimonio que proyecta sobre lo patrimonial la comunidad de vida asumida al celebrarlo y no es controvertible que la ley argentina acoge tal esfuerzo común, establece responsabilidades comunes aún cuando el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer sean administrados por separado. Fundamentalmente, consagra la cualidad societaria al disponer que los*

detrimento del derecho de participación del otro cónyuge que –aclaro- no contrajo la deuda? Excepción hecha de los supuestos previstos en el art. 6 de la ley 11.357 que bueno es señalar, no hay una responsabilidad solidaria sino “concurrente”, y en donde el cónyuge que no contrajo la deuda sólo responde con una parte de sus gananciales (los frutos), las otras deudas que calificamos de personales del otro cónyuge las debe afrontar con lo que tiene en su patrimonio al momento en que se le quiere cobrar el crédito.

Si la disolución del régimen de comunidad ya se inscribió en el registro o mejor si los bienes ya están adjudicados e inscriptos, o si la opción por un régimen de separación ya se marginó en el acta de matrimonio, por qué razón dotar al acreedor de una acción de ineficacia si en definitiva es él quien debe velar por sus intereses.

¿Será quizás que la facilidad con que se ha reglamentado el cambio de régimen genera en verdad un caos tal que se requiere mayor garantía a los acreedores? Esta situación generada por el propio Proyecto de ley podría haber persuadido a sus mentores al menos que los cónyuges únicamente eligieran el régimen de los dos propuestos al momento de celebrar el matrimonio sin permitir luego una modificación convencional.

Reitero el acreedor ha contratado con un cónyuge y la garantía de sus bienes le debe ser suficiente, pero si “sus bienes” han dejado de ser suyos en función, v. gr. de un divorcio, no se trata de un hecho que le es ajeno ya que si cuida con diligencia sus propios intereses, antes de contratar habrá identificado el estado civil del deudor y la eventualidad de que en algún momento se pueda divorciar es algo previsible.

Si el nuevo estado de familia del divorciado cuenta con la correspondiente inscripción en el acta de matrimonio o por alguna otra circunstancia el acreedor llegó a conocer la disolución del régimen de comunidad y por ende la eventualidad de que comparta sus gananciales con su cónyuge, no puede luego ampararse en una acción de ineficacia frente al perjuicio que refiere haber padecido, cuando en definitiva se trata de una situación que –salvo fraude- debió considerar antes de contratar, tomando otros resguardos.

En ese caso, o exige que ambos cónyuges sean sus deudores (como en verdad sucede de ordinario) o en función del régimen de comunidad al que están sujetos o puedan estar sujetos, toma los recaudos pertinentes para munirse de mayor garantía, sea una garantía real o personal, o en su momento, el embargo por ejemplo de aquellos bienes que sean de titularidad de su deudor antes de que la extinción del régimen de comunidad se concrete.

Del modo en que está regulado el régimen, se advierte que implícitamente se ve con

beneficios sean compartidos en la forma más adecuada al respeto de las dos personalidades que se han conjugado sin confundirse en la tarea común”.

disfavor el régimen de comunidad que consagra un derecho de propiedad de los gananciales al momento de la disolución, como si se tratara *ab initio* de un sistema enderezado a perjudicar a los acreedores.

En verdad, salvo los supuestos de fraude o simulación que al menos hipotéticamente han de estimarse de excepción, desde el momento en que la mujer casada irrumpió en la vida comercial, profesional, laboral, adquiriendo plena capacidad de administración de sus propios bienes, incluidos los gananciales, no puede hablarse de una desprotección a priori de los acreedores quienes tienen en sus manos al momento de contratar, todos los elementos de protección necesarios para garantizar el cobro de su crédito.

La muerte que disuelve el vínculo o el divorcio, son vicisitudes en la vida de las personas y como tales, entran dentro de los hechos jurídicos cuyo acaecimiento aparece como una eventualidad previsible.

A mi juicio, toda la cuestión se centra en **la oponibilidad de la mutación patrimonial a partir del conocimiento del acreedor de su acaecimiento –sea expreso o presunto-** lo que lleva a analizar en cada caso concreto si aquella tuvo la publicidad suficiente y necesaria para advertir el cambio al acreedor y por ende, luego de esa noticia –individual o colectiva por un medio de publicidad adecuado- ninguna acción le cabe para pretender desconocer la disolución de la comunidad.

Liquidación de la comunidad

En el Proyecto del año 1998 se previó del mismo modo una sección reguladora de la liquidación de la comunidad¹⁴⁷. Esta disposición se reitera idéntica en el Proyecto bajo estudio en el art. 488 que dice:

Art. 488. Recompensas.

Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.

Dado que en el sistema proyectado se permite la mutación del régimen de comunidad en separación y viceversa, se comprende que la liquidación de la comunidad habida entre los cónyuges **importará la adjudicación a cada uno de ellos de la mitad indivisa de los bienes**

¹⁴⁷ En el primer art. 479 se dispone: “*Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin se establece la cuenta de las recompensas que la comunidad debe a cada uno de los cónyuges y la de las que él debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes*”.

gananciales en propiedad o lo que resulte de la liquidación conforme a las eventuales recompensas y ella operará durante el matrimonio, quedando esta mitad indivisa o los bienes que se le adjudiquen en la condición de bienes propios si los cónyuges vuelven a pasar en el futuro bajo un régimen de comunidad.

Este efecto es nocivo para las relaciones entre los cónyuges y de éstos con terceros¹⁴⁸, ya que implica permitir **una opción anual de contratación permanente entre los cónyuges para transferirse recíprocamente bienes** (inicialmente propios como gananciales y en cualquier porción que les plazca sin respetar la distribución por mitades¹⁴⁹).

A mi criterio si el Congreso decide avalar este Proyecto otorgando a los cónyuges la opción de elegir un régimen de bienes diferente del vigente al contraer matrimonio, sobre lo que parece habría conformidad en la mayoría de la doctrina¹⁵⁰, **debería -no obstante- eliminar la posibilidad que les concede en el mismo Proyecto para modificar el régimen de bienes que hubieren elegido al comienzo de la unión.**

Estimo que se ha omitido considerar **la especial situación que psicológicamente genera el matrimonio entre los cónyuges**: La posibilidad de acordar un cambio de régimen durante el matrimonio, obviamente conlleva abandonar la regla de la incapacidad de los cónyuges de contratar entre sí durante el matrimonio, lo que implica abrir la posibilidad de que en virtud de **la subordinación que pueda generar la convivencia entre los esposos uno de ellos pueda influir sobre el otro, al punto de inducirlo a renunciar a bienes o derechos que en el sistema vigente no está permitido.**

Desconocer la especial relación afectiva en que se sustenta el matrimonio (que ha sido ignorada por la ley contrariamente a lo que se observa al regular las relaciones convivenciales (ver art. 431 y ss.) que puede dar origen a la pérdida de la autonomía y decisión propias de la vida de un soltero que la ley debería considerar muy especialmente para evitar profundizar la eventualidad de un aprovechamiento de uno de ellos respecto del otro.

Resulta paradójica la protección que se establece v. gr. en pro del consumidor y **la indiferencia con que se considera la situación de subordinación conyugal de la mujer que en algunas parejas todavía se observa en nuestro país.** Desconocer esta situación de desigualdad de género que aún cuenta con arraigo cultural en numerosas zonas de la Argentina, o

¹⁴⁸ Tan es así que la ley otorga a los acreedores una acción de inoponibilidad por demás amplia.

¹⁴⁹ Ferrer en “Esquema de la Sociedad Conyugal” en “Nuevo Régimen legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618”, pág. 211.

¹⁵⁰ Ver opinión de Medina, G. y Favier Dubois, E. M. “Empresa Familiar. Proyecto de Incorporación al Código Civil”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas”. Ed. La ley, Bs. As. Año IV, n° 1, Enero-Febrero 2012, págs. 4 y ss.

incluso en los países limítrofes de los que emigran al nuestro, atenta con la protección que merece tener.

Cargas de la comunidad

En el art. 480 del Proyecto del año 1998 se enumeraban las deudas de la comunidad¹⁵¹. En el actual Proyecto la cuestión está normada en el art. 489 que dispone:

Art. 489. Cargas de la comunidad.

Son a cargo de la comunidad:

- a) las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el art. siguiente;**
- b) el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar;**
- c) las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación;**
- d) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.**

Se advierte una mejora en la redacción ya que no se habla de “deudas de la comunidad” ya que la comunidad no es un sujeto de derecho, sino antes bien y de manera correcta de “cargas de la comunidad”, lo que importa referir cuáles son las deudas que deben pesar definitivamente sobre la masa de bienes gananciales¹⁵².

Este artículo es el correlato del art. 1.275 del C.C. vigente, con algunas aclaraciones.

En primer lugar, sienta la pauta que **sólo las obligaciones de origen contractual pueden pesar sobre bienes gananciales**, con la excepción de las obligaciones contraídas con anterioridad al comienzo del régimen de comunidad contempladas en el artículo siguiente como obligaciones personales de los esposos.

Se corresponde con la interpretación correcta del inc. 3º del art. 1.275¹⁵³.

En segundo lugar, contempla los gastos de manutención del hogar y de los hijos comunes, y agrega los alimentos de los hijos que cada cual tenga sin discriminar entre hijos matrimoniales o no, y sin especificar si se trata de hijos del otro que convivan en el hogar o no, **incluyendo específicamente entre las obligaciones que deben pagarse con bienes**

¹⁵¹ El art. 480 del Proyecto del año 1998 dispone: “*son a cargo de la comunidad: a) las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el art. siguiente; b) el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes, y de los de uno de los cónyuges, y los alimentos que uno de ellas está obligado a dar; c) las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aún la de bienes propios si están destinadas a su establecimiento o colocación; d) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales*”.

¹⁵² Interpretación del 1.275 del C.C. al tratar las deudas internamente comunes de Méndez Costa en “Las deudas...”, cit. Pág. 199 y ss.

¹⁵³ Ver también Belluscio: “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Depalma, Bs. As. 1987, t. II, pág. 113.

gananciales las cuotas alimentarias que cada cual deba y esté obligado a dar, entre ellas, los alimentos a hijos de otra relación anterior o paralela o subsiguiente.

La previsión de la donación de bienes gananciales en verdad no es un carga sino que entrará como una pérdida que pesará sobre ambos esposos, y en el caso de que uno de ellos haya donado bienes propios para los hijos comunes, ese valor da lugar a una recompensa a favor del esposo que lo otorgó en función de las reglas generales.

En lo que hace a los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales, reitera la regla que ya está vigente en el art. 1.275 del C.C. y guarda correlato con el carácter ganancial de los frutos de los bienes propios de manera que todo lo que se hubiere gastado para reparar o conservar los bienes propios entre los que pueden encontrarse aquellos bienes productores de frutos, debe pesar sobre el haber ganancial.

No hace mención en el artículo de la previsión contenida en el último inciso del art. 1.275 del C.C. “lo perdido por caso fortuito o fuerza mayor pero está previsto como un bien ganancial”.

En el art. 481 del Proyecto del año 1998¹⁵⁴ regula las obligaciones personales y sus disposiciones se repiten en el art. 490 del Proyecto en los siguientes términos:

Art. 490. Obligaciones personales.

Son obligaciones personales de los cónyuges:

- a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad;**
- b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges;**
- c) las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios;**
- d) las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial;**
- e) las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales.**

Del cotejo de la norma proyectada con el que le sirvió de base se advierte que en el inc. e) se prevé las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual mención que resulta mejor y más abarcativa de la expresión de “*la reparación de daños*” evitando que se preste a confusión el supuesto de reparación de daños que tenga fuente contractual.

¹⁵⁴ Art. 481 del Proyecto del año 1998: “*Son obligaciones personales de los cónyuges: a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad; b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges; c) las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios; d) las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial; e) las derivadas de la reparación de daños y de sanciones legales; f) las contraídas en violación de deberes derivados del matrimonio*”.

En segundo lugar, se elimina la posibilidad de que se consideren las obligaciones provenientes de la “*violación de deberes derivados del matrimonio*”, ya que no sólo se han eliminado los deberes conyugales de cohabitación y fidelidad¹⁵⁵, sino además lo que se busca **es abortar toda posibilidad de reclamo económico por daños y perjuicios derivados de la ruptura conyugal.**

Es útil que se enumeren los supuestos de obligaciones personales. En el sistema vigente se deducían cuáles eran las obligaciones que debían pesar definitivamente sobre el patrimonio personal de cada cónyuge por exclusión de los supuestos enumerados en el art. 1.275 del C.C.. Ahora la norma lleva claridad y es explícita al señalar que **las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual o por inconductas del otro cónyuge, de ninguna manera deben pesar sobre el haber ganancial.**

Respecto de las obligaciones contraídas antes del comienzo del régimen de comunidad, es útil la convención prenupcial al referir el detalle del pasivo que cada cual tiene al contraer matrimonio y **sería útil que se hiciera de la misma manera al hacer la escritura modificando el régimen anterior por otro.**

Recompensas:

En el Proyecto del año 1998 la cuestión de las recompensas está previsto en el art. 482¹⁵⁶ y el Proyecto actual lo regula en el art. 491, el que reitera los conceptos sentados en el Proyecto anterior, pero **le agrega una previsión que resulta útil para los casos de participación societaria propia de alguno de los cónyuges o especialmente, los fondos de comercio.**

Así dispone:

Art. 491. Casos de recompensas.

La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.

Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad.

Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un

¹⁵⁵ En efecto de acuerdo al art. 431 del Proyecto “*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*”.

¹⁵⁶ Que dice: “*la comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad. Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio, se presume salvo prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad*”.

mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.

Es una norma oportuna y clara que prevé en primer lugar la regla de compensación y en segundo lugar, contempla dos situaciones que generaban opiniones encontradas: por un lado, **el consumo del patrimonio propio** que se presume hecho en beneficio de la comunidad salvo que se pruebe lo contrario, cuando no se puede verificar en qué bien o bienes se reinvertió y el supuesto de **la capitalización de los dividendos** durante la comunidad de acciones propias ya que tratándose de frutos de bienes propios, estos dividendos tendrían el carácter de gananciales, de manera que ese mayor valor de las acciones propias a costa de la masa debe ser recompensada por el cónyuge beneficiado. Similar previsión para con los fondos de comercio, es justa y útil aunque estimo que la cuestión probatoria puede llegar a ser engorrosa.

Prueba de la recompensa:

El Proyecto del año 1998 continúa en el art. 483¹⁵⁷, la que se reitera en el nuevo Proyecto en los siguientes términos:

Art. 492. Prueba.

La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.

En orden al monto de la recompensa el art. 484 el texto del Proyecto del año 1998¹⁵⁸ se reitera en el art. 493 del Proyecto que dice:

Art. 493. Monto.

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. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

En principio el valor de la recompensa deberá fijarse teniendo en cuenta tanto el monto de la erogación como el valor de la mejora en la medida en que esta subsista en el patrimonio

¹⁵⁷ Especificando que “la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca y puede ser hecha por cualquier medio probatorio”.

¹⁵⁸ “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. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla”.

beneficiado, el que sea menor. En caso de que no haya derivado ningún beneficio, se considera únicamente el valor de la erogación (v. gr. gastos de conservación de bienes propios). La necesidad de medir a valores constantes equilibra la comparación, pero sería oportuno analizar si el provecho ha de derivar de la inversión o puede derivar de hechos externos ajenos a ella.

Art. 494. Valuación de las recompensas.

Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.

Hay una distorsión temporal que puede generar soluciones injustas, no obstante el precepto es claro al mandar a constatar el estado de los bienes al tiempo de la disolución en tanto que la tasación de ellos –estimo que acorde al estado constatado- recién se realizará al momento en que efectivamente se disponga la liquidación, sea que ocurra por divorcio, nulidad, o en definitiva, por haber optado los cónyuges por un régimen de separación posterior al matrimonio.

Art. 495. Liquidación.

Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común.

En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Dra. Villagra: comienzo con el régimen vigente, que si bien lo conocen, lo leo rápido (lee *Régimen vigente: caracterización*). Después hay un acápite del Código Projectado (lee *Ubicación dentro del Código Projectado de las modificaciones que se proponen al régimen patrimonial del matrimonio*). Después transcribí, porque me pareció útil, los fundamentos del proyecto (lee *Fundamentos que acompañan el proyecto en relación al Régimen patrimonial del matrimonio*). Hay que destacar que admite, aunque con limitaciones, el Principio de autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio. Está la opción de los contrayentes de elegir entre los regímenes de bienes: de comunidad o separación. En el Proyecto del '98 estaba la posibilidad de participación en ganancias, y lo eliminaron. Esta elección se realiza por escritura

pública antes de la celebración del matrimonio, o frente al funcionario del Registro Civil, y admite el cambio de régimen de bienes luego de transcurrido el año. En cambio en el proyecto del 98 era cada dos años, ahora la opción es cada año.

El régimen legal supletorio sigue siendo el de comunidad, si bien no lo aclara, es de comunidad diferida. Yo quería destacar que el proyecto dice que es el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan, lo dice el propio fundamento del proyecto, dice que es el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y también dice que es el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias. Aclaro que se está refiriendo al régimen de comunidad. Me parece importante el reconocimiento, porque en el proyecto del 98 los fundamentos no están así; están a la inversa. Ya lo vamos a ver más adelante.

Luego el proyecto incluye un capítulo destinado a las normas comunes a todos los regímenes, que son inderogables por los cónyuges, son destinados a la protección de los intereses familiares comprometidos. En los fundamentos se denominan Régimen Primario, y en la normativa, lo denomina Disposiciones Comunes a todos los regímenes. Luego se incluye una sección que regula: el deber de contribución; la protección de la vivienda mediante la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular y las consecuencias de su ausencia, falta o negativa; el mandato entre cónyuges; la responsabilidad por deudas y la administración de cosas muebles no registrables. En orden al régimen de comunidad, se enumera cuales son los propios y cuales los gananciales, y se van previendo los más debatidos. Después la prueba del carácter de los bienes: se prevé que un cónyuge solicite la declaración judicial previa que conste que un bien es propio, es decir no esperar hasta la disolución, lo que me parece muy bueno.

Dra. Solavagione y Dra. Wallace: esto es muy positivo.

Dra. Villagra: en cuanto a las deudas de los cónyuges, **no me parece positivo** modificar la situación de las deudas contempladas en el art. 6 de la ley 11.357. Se prevé que los cónyuges respondan en forma solidaria con todos sus bienes, con la limitación de que, si el matrimonio se rige por el régimen de la comunidad de gananciales y si se trata de deudas por gastos de conservación y reparación de bienes gananciales, el cónyuge que no las contrajo responde solo con sus bienes gananciales y no con sus otros bienes. En realidad hay una trampa acá: la ley habla que responde en relación a los frutos, no habla del carácter de los gananciales. Los frutos de los propios sí porque son gananciales, pero te alcanza el capital ganancial, cosa que en el régimen vigente no está. Es decir, la regla es que los cónyuges responden en forma solidaria. Lo que sí aclara que si el matrimonio se rige por un régimen de comunidad de gananciales, y son deudas para gastos de conservación y reparación de gananciales, el que no las contrae responde

solo con sus gananciales, pero no se habla de frutos. Es decir, sobre gananciales: capital o frutos del propio.

Luego se explica la noción de recompensa: están bastante bien reguladas. Y se soluciona un supuesto debatido en la jurisprudencia, vinculado al régimen societario y de los fondos de comercio. Después hay una parte de gestión de los bienes, cuando se trata del régimen de comunidad. Se dispone que los actos otorgados por uno de los cónyuges dentro de los límites de sus facultades con el fin de defraudar al otro cónyuge son inoponibles a éste y que si uno de los cónyuges administra bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios según el caso. Después en relación a la causas de extinción de la comunidad: está la separación judicial de bienes, la del 1.291 y 1.294, pero con algunos ajustes: se saca el abandono de hecho de la convivencia. Se va a ver más en detalle luego. Es solo una anticipación. **Acá hay un problema que advierto: le facultan al juez la posibilidad de modificar los efectos retroactivos de la disolución de la comunidad**, siempre que haya fraude o algo similar. Es una elasticidad un poco peligrosa.

Se advierte en el proyecto que agarra para el lado de Zannoni. Habla de causas de la disolución de la sociedad conyugal el divorcio o disolución por muerte. Es un grupo de normas, del 481 al 487 regula la indivisión post comunitaria. Ahí vuelve a regular las deudas, las viviendas, etc. Después hay un tema de atribución preferencial de los bienes.

Ingresa a la reunión el Dr. Eduardo Fanzolato.

Dr. Fanzolato: todo eso se toma de Belluscio. Zannoni se había quejado de que lo habían hecho desaparecer. El problema era que no se adecuaba para nada a la idiosincrasia del pueblo argentino.

Dra. Villagra: pero en definitiva se termina convirtiendo en eso. Así como la veo regulada acá. Como en el régimen de comunidad, no recuerdo en qué artículo, dice que se comparten, se dividen los activos líquidos. Entonces es casi un crédito lo que le queda al otro, no le queda un dominio sobre la mitad de los gananciales. Es solo división de activos líquidos, como decía Zannoni. Si uno necesita sacar la mitad de los gananciales del otro, queda con un crédito sin ningún tipo de preferencia.

Dra. Solavagione: a cada paso del matrimonio habrá que ir con un contador. De todas maneras, mientras la gente pueda tener la posibilidad de elegir, no habría mucho problema. A ver, no es que esté de acuerdo con el proyecto, si fuera por mi, muy poco me gusta. Por ejemplo, me gustan las uniones convivenciales, que la gente salga económicamente compensada del divorcio también, pero nada en materia filiatoria, que es claramente un retroceso, como también es un

retroceso el tema de los vicios de la voluntad. Estamos volviendo a criterios anteriores, que era sostener la indisolubilidad del matrimonio.

Dra. Villagra: no comparto eso. Es perjudicial la solidaridad por algunas deudas, y está muy amplio el tema de la posibilidad de los acreedores de ir contra los actos internos, como también la posibilidad de fraude. Y también el cambio de régimen, cómo va a operar en la práctica?. Esas son las principales objeciones que advierto.

Dra. Solavagione: Tengo muchas dudas, en cuanto al 1.277 del C.C., cómo se cumpliría el deber de comunicación si los cónyuges no viven juntos, al eliminar el deber de cohabitación?

Dra. Villagra: en cuanto a la regulación del régimen de separación de bienes: se distingue en qué acto es necesario el asentimiento y el deber de contribución. Se puede probar que un bien es de exclusiva propiedad de un cónyuge, como no hay ganancialidad. Es decir, hay posibilidad de cuestionar que un bien que esté a nombre de los dos sea de uno solo (*todo esto es del régimen separatista*).

Dr. Fanzolato.: el régimen de separación, es justamente eso, separación. Es más escueta la regulación.

Dra. Villagra: pasemos a las convenciones pre-nupciales: salteo lo del sistema vigente. En el régimen del 98 los contrayentes tenían la opción de elegir entre dos regímenes de bienes, el supletorio y el de comunidad, y podían cambiar el régimen durante el transcurso del matrimonio, eso está igual. Lo que ahora cambia: en los fundamentos del '98, la posibilidad de elegir el régimen y cambiar es la modificación más importante, pero dicen que no se contaba con el apoyo de la Comisión. Estaban Alterini, Méndez Costa, Rivera y Roitman, entre otros. Refieren que se llegó a decidir por mayoría, y dicen expresamente que no se fundan en la experiencia local sino en los criterios del extranjero que la consagran con muy limitadas excepciones. Ellos sostienen que el sistema de poder elegir es el que se adecua más a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan. Usan las mismas palabras para justificar porque es mejor. En definitiva, lo que yo critico del 98 y se reitera acá: se omiten mencionar cuales son los parámetros que tienen en cuenta para afirmar que el vigente no consolida la igualdad de los cónyuges y la plena capacidad que tiene cualquiera de los integrantes de la pareja para decidir cada uno sobre la administración de sus propios bienes (art. 1.276 y arts. 5 y 6 de la ley 11.357), sin perjuicio de la limitación prevista en el art. 1.277.

Se afirma en los fundamentos que parece “el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de nuestro tiempo y lugar”, sin ensayar una mínima descripción de cuál es esa realidad y qué los impulsa a importar una costumbre ajena a nuestras costumbres e idiosincrasia y que al menos en abstracto, no se sienta en ningún principio de justicia o equidad ni apareja

objetivamente ningún beneficio para el matrimonio, considerado como una unidad. La realidad al menos de este siglo XXI es que las convivencias extramatrimoniales y los matrimonios consideran a los bienes gananciales que cualquiera de los esposos o que la pareja adquiere durante la convivencia, como una copropiedad de ambos esposos o convivientes, sin un adecuado correlato ni con el sistema vigente ni con el propuesto, si bien no puede negarse que algunas parejas no se casan para evitar precisamente esta comunidad, en especial, cuando se trata de nupcias posteriores a la primer unión, lo cierto es que no se citan en los fundamentos estudios o estadísticas que permitan diagnosticar cuál fue la “realidad nacional” que habrían considerado los proponentes de la adopción de costumbres extranjeras que, aunque conocidas al tiempo de la sanción del primigenio código, nunca arraigaron en nuestros usos, ni menos aún, la medida del beneficio que una modificación semejante pudiera acarrear a las familias, sea para sustentar la igualdad de los cónyuges, que reitero se mantiene en el régimen vigente, o sea para sustentar otro propósito más individualista o más inequitativo o injusto, obviamente no declarado.

Dra. Wallace: o se aclaran las consecuencias del régimen de los esposos que cada uno trae a la familia, o tratamos matrimonio - familia.

Dra. Villagra: Ahora viene lo del Proyecto actual (lee *Proyecto actual*). Remarco que **ahora se le agrega el avalúo y la enunciación de las deudas**, que no estaban en el régimen vigente. Es decir, se podía hacer, pero no estaba en la enunciación del artículo. Creo que decía los bienes que cada uno lleva al matrimonio, ahora se agrega el avalúo y la enunciación de las deudas. Yo lo que quería transmitir cual sería la necesidad del avalúo y la enunciación, y cuales serían las consecuencias de la omisión. No se qué utilidad va a haber, me parece que puede ser fuente de complicaciones. Es un tema muy difícil.

Dr. Fanzolato: puede haber fraude.

Dra. Wallace: entre los cónyuges es una posibilidad de pactar, una forma distinta de liquidar.

Dra. Villagra: en definitiva, no sé muy bien cual es el alcance que se le quiere dar al avalúo y a las deudas. Luego vamos a ver, en relación a las deudas, que se le permite a los acreedores de deudas anteriores, tornarlas inoponibles para con ellos.

Dr. Fanzolato: además, es muy poco el plazo de 6 meses. No solo ese, todos los plazos son exigüos. Esto es por las convenciones pre-nupciales, pero si el régimen se puede cambiar es distinto. Seguramente también puede ser una forma de defraudar.

Dra. Villagra.: esa fue mi sensación, no se si realmente vamos por buen camino. Después está las donaciones entre ellos, que estaba prevista, y la opción de decidir por algunos de los regímenes previstos por este código (seguimos hablando de convenciones pre-nupciales). El art. 447 habla de nulidad de otros acuerdos. Les aclaro que en el trabajo hice mucha referencia al

proyecto del 98, por eso está casi siempre la comparación. En el Proyecto del año 1998 en la cuestión atinente a la forma expresa el art. 440 “las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del art. 438, inc. d) produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio”. En el proyecto actual el 448 dice así: las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Hablemos de la modificación del régimen elegido. Acá sí noto un cambio importante: en el proyecto del 98 decía que el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la debe homologar si no la encuentra contraria al interés de la familia.

Dra. Solavagione: así decía?, en interés de la familia?

Dra. Villagra: sí, así decía.

Dra. Solavagione: está muy bien así. Da más certeza que el actual. Es muy importante esto. Se da formalidad, así debería ser.

Dra. Wallace: sí, pero va en contra del paradigma imperante. No digo que me guste, en el '98 tenía vigencia otro paradigma.

Dra. Villagra: continúo leyendo el artículo 441 del proyecto del '98: después de la celebración del matrimonio el régimen matrimonial puede cambiarse por sentencia judicial en los casos de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada por éstos después de dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública que se presenta al tribunal de su domicilio el que la debe homologar si no la encuentra contraria al interés de la familia. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron”. Ahora les digo como está ahora (*lee el 449 del Proyecto actual*). Ahora les digo las inquietudes: por un

lado, la decisión de modificar el régimen queda exclusivamente circunscripta al otorgamiento de una nueva escritura. Se elude todo control judicial en protección al interés de la familia.

Dra. Wallace: habría que agregar “y del propio cónyuge”. Puede haber personas con facultades mermadas. No solo un anciano, una persona con las facultades mentales mermadas, o alguien con Alzheimer, gente que se ve en su vida de relación muy bien y sin embargo tienen facultades mentales disminuidas.

Dra. Solavagione: por qué cuando es un proyecto que claramente les delega mucha responsabilidad a los jueces, en este caso se desjudicializa? Cuál sería el sentido? Nada queda librado a la norma: es la voluntad o el juez.

Dra. Villagra.: como si el juez pudiera inventar, el juez solo aplica la ley.

Dra. Solavagione: además, hay distintos criterios en cada juez de cada jurisdicción. Con lo cual podría haber falta de certeza para los acreedores.

Dra. Villagra: yo creo en realidad que hay una idea mercantilista en todo el proyecto. Sabes por qué sacaron las causas del divorcio?; por los daños y perjuicios cada vez más imperantes en jurisprudencia.

Dra. Solavagione: parece que nunca hay respuestas claras y contundentes. Yo me guío siempre por los principios generales de cada institución. En este caso, qué principio tiene este proyecto?

Dra. Wallace: no puede ser el principio de la libertad.

Dra. Villagra: lo que se plantea es una mirada postmoderna a costa de los demás.

Dra. Solavagione: pero eso es sociología, no es derecho positivo. Cada vez más nos erosionan el Derecho de Familia para reemplazarlo por sociología familia, psicología familiar y otros.

Dra. Wallace: pero tenemos que saber que toda ley tiene ideología, que esa ideología esté o no más o menos cercana a la formación de cada uno, es otra cosa.

Dra. Villagra: si, hay paradigmas que han cambiado desde la época de Vélez y creo que es bueno un nuevo oxígeno, lo que no sé si es necesario cambiar todo el CC.

Dra. Solavagione: claro, por ejemplo, en materia filiatoria podrían haber sacado una muy buena ley de procreación asistida.

Dra. Wallace: no se si es lo que nos gusta o no, pero es lo que existe en la actualidad.

Dra. Villagra.: sigo entonces. Pasamos lo de evitar el control judicial. También se reduce el tiempo de vigencia mínimo previsto para cambiar el régimen patrimonial anterior (de dos años a sólo uno) de manera que al menos hipotéticamente todos los años los cónyuges pueden modificar el régimen patrimonial al que se hallan sujetos en la medida en que cumplan los requisitos formales y de registración previstos en la norma. No se advierte la ventaja de semejante libertad. No sólo se elude todo control judicial que preventivamente se pudiera efectuar para dotarlo de

vigencia, sino además si se tiene en cuenta que se elude toda intervención del Ministerio Pupilar en los actos extrajudiciales que puedan ser de interés al menor de edad. Está bien que no son los cónyuges, pero lo que arreglen los padres es solo sobre los menores que conviven con ellos, contraviniendo la Convención de los Derechos del Niño y demás. Se pueden advertir los alcances impensados que esta facultad conyugal pueda tener en las relaciones patrimoniales recíprocas y con terceros, sobre todo si se considera la inexistencia de una costumbre social en recurrir a este tipo de convenciones. Después cito lo que decía Vélez sobre las convenciones pre nupciales. **Sigo: la exigencia de la anotación marginal en el acta de matrimonio resulta imprescindible para dar noticia a los terceros que pudieran contratar con los cónyuges**, aún cuando no advierto cuál podría ser la diferencia frente a los terceros de la adopción de un régimen u otro frente al principio de irresponsabilidad consagrado por el art. 5 de la ley 11.357, salvo que el régimen de comunidad que se regule en el Proyecto apunte a consolidar una comunidad actual no diferida en donde los bienes sean de copropiedad de ambos contrayentes distinta de la que rige actualmente, lo que no aparece que sea el régimen supletorio adoptado en el Proyecto.

Dra. Wallace: se le va a complicar la tarea a los Jefes de los Registros Civiles.

Dra. Villagra: en el régimen actual el art. 5 de la ley 11.357 dispone la regla esencial que facilita la libertad contractual de los esposos sin daño a terceros ya que consagra la irresponsabilidad de un cónyuge por las deudas del otro. Si bien establece una excepción acotada y de interpretación restringida (supuestos del art. 6 de la ley 11.357) y nada impide que ambos asuman voluntariamente la calidad de deudores si así lo han convenido (como usualmente lo exigen las entidades bancarias), el eventual perjuicio a terceros por la modificación de un régimen a otro sólo podría devenir en la medida en que el cambio del régimen implicara la transferencia patrimonial de un cónyuge al otro y ello sólo podría tener lugar luego de la liquidación de la sociedad conyugal y en la medida en que el tercero desconozca esta situación y no adopte tempestivamente alguna medida de resguardo de sus derechos. Si en el mismo proyecto se prevé la inscripción marginal, por qué razón conceder una acción de inoponibilidad de un año para los acreedores anteriores que no adoptaron medidas de resguardo de sus créditos sobre los bienes de su deudor. Sea en un régimen de comunidad o en un régimen de separación, la obligación la debe afrontar el cónyuge que contrajo la deuda (salvo las excepciones del art. 6º, ley 11.357), con lo que tenga en su patrimonio en el momento en que se persiga el cobro compulsivo de su crédito. Si la liquidación ya tuvo lugar y se anotó registralmente ese cambio, cuál es el interés social en mantener una vía de ineficacia especial sin la existencia de fraude?

Dr. Fanzolato: no entiendo, si algún acreedor que se vale de la inoponibilidad, a quien cubre? Al acreedor solamente? Y en el futuro las operaciones que se realicen? Están amparadas por el paraguas de la inoponibilidad? Habrá un montón de personas que pueden decir, para mi no es oponible.

Dra. Villagra: si, se termina de armar un abanico de protección. Tenés una persona que contrata con un casado, que de acuerdo al régimen vigente, es igual que con un soltero. Cual es el plus que puede tener? Es decir, responde con todo lo que tiene. El plus que puede tener es del 6, de atacar los frutos... pero en realidad, en el régimen vigente cada uno responde por sus frutos, entonces cual es la queja del acreedor? Que venga alguien, liquide los gananciales y se quede con la mitad de los gananciales de su deudor. Si sabe que contrae con una persona casada, el cambio de régimen ya está marcado, de qué inoponibilidad me vas a hablar?

Dra. Solavagione: como hacemos para que se entere?

Dra. Villagra: al saber que la persona es casada, tiene que ir al acta matrimonial y verificar el régimen. Ahora la pregunta: uno responde con lo que tiene en el momento que se va a cobrar, salvo casos de fraudes, que haya un dolo específico para buscar eludir esta responsabilidad, que es un supuesto acotado. Salvo esta situación puntual, excepcional, por que le daría una vía? Por que habla de perjuicio, no habla de fraude. Miren como dice: Dice así: los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron.

Dra. Solavagione: es ineficiente la norma. A quien perjudica?

Dra. Villagra: para el acreedor, si se extingue la sociedad conyugal, es un alea dentro de las múltiples opciones de insolvencia que puede tener. Se disolvió, y tendrá formas de hacer un resguardo. Si no, se verá lo que tenga el día que le va a cobrar. Si no, se está generando una especie de estabilidad patrimonial que en realidad es ficticia. La gente no vive para defraudar a los otros. No hay un derecho a tener solvencia.

Dra. Wallace: no; hay derecho a tener la buena fe del otro.

Dra. Villagra: hay derecho a tener garantías cuando uno ve la situación que se avecina, pero no a la solvencia del deudor. No se entiende la necesidad de dar semejante protección. Salvo que se esté convencido que es la puerta del fraude.

Dra. Solavagione: pasa lo mismo con el estatuto del matrimonio. Dejemos abierta la posibilidad del régimen separatista, pero tenemos miedo, protejamos al acreedor.

Dra. Villagra: eso te da una pauta de la ideología. Se los dejo como una inquietud, al menos yo lo veo así.

Dra. Solavagione: quiero dejar sentado que no estoy a favor de la mutabilidad del régimen luego de optar. Una vez que se opta, queda consolidado. Si no, se presta para la extorsión de la parte más vulnerable.

Dra. Villagra: continúo. La regla que contiene al final en donde estatuye la inoponibilidad se corresponde con la adopción dentro del régimen de ineficacia de los actos jurídicos, del concepto de inoponibilidad. Vieron que en nuestro C.C. era más nulidad, ahora se refiere a inoponibilidad (en el 396 del proyecto). Supone que el acto es válido en sí mismo y entre las partes, pero carece de eficacia frente a terceros. En el sistema actual, manteniendo el régimen de comunidad como un régimen de comunidad diferida, la modificación a un régimen de separación de bienes por ejemplo por una separación judicial (art. 202 y conc. C.C.) en modo alguno puede generar un perjuicio a un acreedor (art. 1.306 C.C.) en tanto y en cuanto la mutación patrimonial no tenga publicidad, sea mediante la inscripción en el acta de matrimonio o su correlato registral y posesorio en caso de que se exija la inscripción de la adjudicación consiguiente luego de liquidada la sociedad conyugal. Lo razonable es que el plazo de un año que se propone comience a correr desde la inscripción del cambio del régimen en el acta de matrimonio, o en su caso, para mayor resguardo desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación consiguiente por liquidación de la comunidad, ya que contar el plazo (que asumo que es de caducidad en consonancia con lo que se dispone en el mismo proyecto en relación al fraude) desde que singularmente lo conoció el acreedor que se queja, supone crear un privilegio írrito respecto de quien no ha atendido convenientemente sus negocios. En el proyecto dice así: los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron. Pero no: el cambio tienen que hacerlo contar desde que se inscribió en el acta matrimonial, o a lo sumo, en el Registro de la Propiedad.

Dra. Solavagione: esto lo planteemos como un interrogante. **Desde cuánto contar?**

Dra. Wallace: ni siquiera para la filiación hay plazos móviles.

Dra. Villagra: dice a contar “desde que lo conocieron”. Salvo que uno interprete que se refiere al momento de la inscripción, pero lo podría decir perfectamente.

Dra. Solavagione: es una situación de hecho.

Dra. Wallace: los cónyuges deberían probar cuando se toma conocimiento.

Dra. Solavagione: al menos en esta materia de Familia, no han tenido precisión con el tema de los plazos. O se eliminan, o están poco claros.

Dra. Villagra: me da la impresión, en este caso, que habría que hacer una lectura diferente. Puede ser que lo conozcan de antes.

Dra. Wallace: salvo que acredite que es un fraude: ahí sí el año corre desde que toma conocimiento. Si es un perjuicio solamente, desde la inscripción.

Dra. Villagra: se supone que debería estar más claro. Está muy regulado el fraude. No es un tema menor.

Dra. Wallace: no dice el término?

Dra. Villagra: sí, dice “un año a contar desde que lo conoció”.

Dra. Solavagione: no es desde la inscripción entonces. Es desde que toman conocimiento.

Dra. Villagra: entonces la cuestión en cómo se da a publicidad las inscripciones en el Registro Civil, cómo tomar conocimiento.

Dra. Solavagione: el Dr. Fanzolato habla de publicidad previa. Estando en Uruguay presencié una oposición por escrito para la celebración de un matrimonio en una iglesia.

Dr. Fanzolato: pero en ese caso no se refiere al matrimonio civil, se refiere al matrimonio sacramento.

Dra. Villagra: podría verse el tema de la publicidad, al menos administrativamente.

Dra. Solavagione: **podríamos sugerir una publicidad preventiva.** Si relativizamos todo vamos a decir bueno, quién lee los edictos, pero al menos a mi, como Ministerio Público me da tranquilidad, saber que la gente publique que han cambiado de régimen. Sería valioso.

Dra. Villagra: después viene “menores de edad”. El 442 del '98 decía “los menores de edad habilitados para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial, ni ejercer la opción prevista en el art. 438 inc. d)”. En el proyecto actual dice lo mismo (*art. 450*) y hace referencia a la opción del 446.

Se retira la Dra. Wallace.

Dra. Villagra: hablamos del 450. Se incorpora la previsión de que ese inventario vaya acompañado del avalúo de los bienes, sin que esté claro qué consecuencias puede acarrear la inexistencia del avalúo. Si bien nada impide que el inventario vaya acompañado de un avalúo, lo cierto es que en nuestro país la devaluación constante de la moneda permite presumir que muy poca utilidad ha de tener para los cónyuges la elaboración del avalúo. Aún cuando en estos tiempos y respecto de los inmuebles pueda hablarse de un valor constante promedio medido en monedas estables (lo que no se observó en otros tiempos de subvaluación de los inmuebles), no puede afirmarse lo mismo respecto de los bienes muebles que se deprecian por el uso o por el paso del tiempo, por lo que aún asumiendo como lícito un convenio en tal sentido, me atrevo a anticipar que ninguna utilidad se advierte para la exigencia del avalúo, sobre todo porque ambos cónyuges tienen libertad de administración de los bienes que adquieran, sea que se adopte un régimen de separación o sea que se adquiera un bien bajo el régimen de comunidad, salvo que en

este caso se afirme la existencia de una comunidad actual, cual copropiedad, lo que no aparece claro en el Proyecto.

Dra. Solavagione: es meramente indicativo. Es un parámetro.

Dr. Fanzolato: con pesificación no podría hacerse avalúo en dólares.

Dra. Villagra: el problema es que es obligatorio entre partes. Yo creo que se van a manejar con la base imponible de los inmuebles y nada más.

Dra. Solavagione: sí, tienen que partir de algún dato objetivo.

Dra. Villagra: y las acciones inventarán el valor de las acciones. El contador hace un balance, y dice cómo deben tributar sobre las ganancias, esa liquidación les sirve para la AFIP. A veces las acciones distribuyen dividendos y a veces no, pueden anexarse como capitalización. Generalmente se hace a fin de año, porque la AFIP computa así los años fiscales. Se me ocurre que tendrán que moverse con eso. Eso es en las S.A., sería bueno preguntarle a alguien que sepa de sociedades como sería en los otros tipos societarios.

Sigamos. Se incorpora la enunciación de las deudas tal como está en el proyecto del año 1998. Estimo que esta mención sería útil tanto para los esposos en sus relaciones internas como en relación a los acreedores para establecer la fecha del nacimiento de una obligación pendiente de pago sobre todo frente a la posibilidad de cambio de régimen. Me pregunto: si hay varios cambios de régimen, todos los acreedores son anteriores?

Se mantiene la opción de hacerse donaciones entre los contrayentes. Y lo que parece más novedoso es que se tiene que elegir entre un régimen de separación o de comunidad. Cuando contraen matrimonio deben hacer saber al oficial público que lo celebra cuál es el régimen de bienes que eligen y si han efectuado una convención prenupcial en qué notaría se encuentra la escritura pertinente para que se margine en el acta los datos necesarios para ubicarla y de ese modo ser oponible a terceros. Se advierte que se trata de un sistema que rige únicamente para los matrimonios que se puedan celebrar una vez que entre en vigencia el Código proyectado pero no dispone expresamente qué posibilidad tienen de efectuarlo los matrimonios ya celebrados

Dra. Solavagione: eso habría que revisar bien. Como el tema de las uniones convivenciales, con el tema de la registración, que a mí es algo que me obsesiona. Tendría que haber una norma especial que establezcan las disposiciones.

Dr. Fanzolato: al último hay algo que establece algo así.

Dra. Villagra: está en el proyecto de elevación. Creo que en los fundamentos.

Dra. Solavagione: se habla de proceso de familia?

Dra. Villagra: apuntemos que **hay que buscar norma transitoria.** Creo que está en la elevación del proyecto.

Dra. Solavagione: en el cuerpo de la norma no hay nada.

Dra. Villagra: lo pongo como una crítica pero es por que no lo encontré. Bueno, yo decía que esto genera una desigualdad notable entre los distintos matrimonios, diferente a la solución que se previó cuando se dictó el divorcio vincular, en donde todos los casados tuvieron la opción de recurrir o a la separación o al divorcio vincular aún cuando la unión se hubiera celebrado con anterioridad a la sanción de la ley y se previó una norma transitoria para contemplar los procesos en trámite (art. 8, ley 23.515). No la veo en el proyecto, hasta ahora. Cuales son los regímenes previstos: de separación o de comunidad. Sanciona la nulidad de otro tipo de convención sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, lo que entra en contradicción con el declamado principio de libertad que sienta al comienzo del título del matrimonio. En definitiva, aún cuando se pretende declamar un régimen de libertad, lo cierto es que indirectamente deben reconocer que existe un orden público familiar que por la propia naturaleza de las cosas necesariamente limita la autonomía de la voluntad en estas cuestiones tan sensibles al ser humano. Cuando se analiza el fenómeno matrimonial no puede eludirse considerar que se trata de un compromiso que es en sí mismo el acto voluntario de mayor trascendencia en la vida de una persona. Se trata de compartir la existencia con el otro, en un proyecto de vida en común. Yo pienso que es el único que elegís. Se trata de compartir la existencia con el otro, en un proyecto de vida en común, por lo que es evidente que una unión de esa naturaleza va a influir en múltiples aspectos espirituales, económicos, morales, con incidencia actual y proyección futura. De manera que cualquiera que sea el sistema que se adopte para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y frente a terceros, es imprescindible que nos aseguremos que se contemple al destinatario de las normas como un ser humano integral. Es que cualquier decisión de tipo personal que se tome en relación al matrimonio (ej. declarar la disolución del vínculo, disponer el cese de la convivencia, excluir del hogar a un cónyuge), necesariamente afecta la esfera patrimonial de los sujetos involucrados, y viceversa, cualquier decisión de índole patrimonial respecto de los bienes de los cónyuges (ej. la indivisión temporaria de algún bien, atribuir la vivienda; fijar una cuota de alimentos), va a afectar indudablemente la vida personal de cualquiera de los consortes. De manera que aún cuando con un fin didáctico se puedan analizar los efectos del matrimonio distinguiendo entre efectos personales y patrimoniales, en ningún momento debemos olvidar que toda solución que se adopte frente a un conflicto entre los cónyuges -aún de índole patrimonial- va a repercutir especialmente en su esfera personal. Siguiendo con el análisis de lo proyectado, debe recordarse que de acuerdo al art. 420 del Proyecto al celebrar el matrimonio los contrayentes deben declarar si han celebrado o no convención matrimonial, y en caso de que lo hayan hecho, su fecha y el registro notarial donde

se otorgó, también en dicha oportunidad los contrayentes deben manifestar si optan por el régimen de separación para ello no requieren la extensión de ninguna escritura, salvo durante la unión cuando quieran cambiar el régimen bajo el cual están sujetos. O sea que para elegir basta que lo digan en la separación, para cambiar durante la vigencia del matrimonio ahí si necesitan hacerlo por escritura. Sigo: de manera que la exigencia de la escritura no está prevista para la elección del régimen sino sólo para su modificación.

Dra. Solavagione: en el momento de la celebración ...

Dra. Villagra: salvo la convención pre-nupcial. Hay que indicarlo al menos dónde lo hizo.

Dra. Solavagione: cuando sería?

Dra. Villagra: a ver, me fijo cuando habla de la celebración, está en el 416. No, está en el **420** del proyecto: declaración o no si se celebró ... (*lee el apartado de declaración*).

Dr. Fanzolato: en el acta.

Dra. Villagra: si, no hace falta escritura pública. Si querés cambiar eso, es otra cosa.

Dra. Solavagione: para cambiar SÍ es necesario recurrir a un escribano.

Dra. Villagra.: esta posibilidad resultaría sólo accesible a quienes tienen recursos para pagarlo. Si realmente se busca que aquél principio de libertad sea ejercido plenamente lo coherente con esa ideología hubiera sido que se permitiera que en el acta de matrimonio no sólo se haga la opción por un régimen sino además se puedan indicar los bienes que cada uno lleva al matrimonio y la enunciación de las deudas, sin recurrir a ningún notario ya que el receptor de la declaración es un funcionario público. **Esto es una crítica. Quiero resaltar que es accesible solo al que tiene plata.**

Dr. Solavagione: marcar esta contradicción no significa estar de acuerdo. Es obvio que el régimen separatista es para los cónyuges de fortuna. Nadie va a optar por este régimen si no tiene nada.

Dr. Fanzolato.: para los que no tienen nada, no dice nada.

Dra. Villagra: en orden a las donaciones es razonable que se mantenga la necesidad de la escritura. Prevé la oponibilidad de la elección del régimen desde la anotación marginal en el acta del matrimonio, pero asumo que entre cónyuges y sus herederos es oponible desde el otorgamiento de la escritura aunque condicionado a que el matrimonio se celebre efectivamente. La cuestión que queda sin resolver es si por alguna razón no se margina la anterior y por ende, no resulta oponible a terceros, si de igual modo es oponible entre los contrayentes y sus herederos, como también si se puede modificar e inscribir la posterior sin inscribir la anterior.

Dra. Solavagione: sería como el divorcio, si no se inscribe, no tiene efectos ante terceros. Estoy hablando desde el sentido común.

Dra. Villagra: si, yo me lo dejé como inquietud. Me pregunto qué sistema de registración puede articularse en todo el país para que haya realmente la publicidad que se quiere establecer. En este aspecto es oportuno recordar que los Registros Civiles dependen de cada Provincia y si bien hay convenios y conductas tendientes a la unificación, el sistema vigente no cuenta con las condiciones necesarias para habilitar una inscripción que pueda publicitarse en todo el país. No hay unicidad de Registros y ello genera incertidumbre y poca transparencia. La celebración de pactos prematrimoniales no es parte de nuestras costumbres. Casi 150 años de aplicación del Código Civil que las permite aún limitadamente y ni siquiera éstas llegaron a imponerse en nuestras costumbres. Si realmente como refieren en el art. 1 del Proyecto las costumbres son fuente del derecho en el caso esta situación debió persuadir a los miembros de la Comisión de eliminar esta posibilidad de celebrarlos. En todo caso si lo que se deseaba es que eligieran un régimen dentro de los preestablecidos, hubiera bastado la mención en el acta matrimonial de cuál es el régimen que eligen, si recurrir a ningún notario para modificarlo.

Dra. Solavagione: para ser coherente.

Dra. Villagra: otra cuestión es que se habla de la inscripción en el acta de matrimonio pero no aparece que se consigne la necesidad de que el alcance de estos pactos se inscriban en los registros inmobiliarios o del automotor o de otro tipo aún cuando en el régimen se contemple la enunciación y avalúo de los bienes que cada cual lleva al matrimonio. Obviamente que esto implica abandonar la regla de la incapacidad de los cónyuges de contratar entre sí durante el matrimonio, lo que a mi juicio implica abrir la posibilidad de que en virtud de la subordinación que pueda generar la convivencia entre los esposos uno de ellos pueda influir sobre el otro, al punto de inducirlo a renunciar a bienes o derechos que en el sistema vigente no está permitido. Desconocer la especial relación afectiva en que se sustenta el matrimonio (que ha sido ignorada por la ley contrariamente a lo que se observa al regular las relaciones convivenciales, ver art. 431 y ss) que puede dar origen a la pérdida de la autonomía y decisión propias de la vida de un soltero que la ley debería considerar muy especialmente para evitar profundizar la eventualidad de un aprovechamiento de uno de ellos respecto del otro.

Dra. Solavagione.: por qué ves eso?

Dra. Villagra: porque cuando tenés que sentarte en una mesa a ver las cuestiones patrimoniales, puede haber preeminencia. En principio se puede decir separación de bienes. Supone que uno se plantó con una integridad más fuerte que lo que es el común. Hay uno que generalmente convence a otro. Hay cuestión de género y de desequilibrio en la pareja, y se pone a los dos como si fuera lo mismo, y puede que no sea igual. Distinto es si se plantea antes de casarse. Si se va a propiciar que anualmente discutir esto, se desgasta a la pareja. Qué es lo que te da la certeza

que va a haber este equilibrio recíproco de fuerzas?. Yo veo en los juicios la manipulación. Hay personalidades más fuertes. Quién tiene la entereza para plantarse? Seguramente no todos. Lo que planteo es que se ignora la realidad de una unión tan comprometida como la matrimonial, ignorar la realidad de cómo se mueve esta situación, pensar que los dos se respetan recíprocamente, que se consideran iguales, y no es así. Hay una subcultura de subordinación de la mujer que en muchos lugares sigue estando. No hay tanta libertad de sentarse a ver las cuentas.

En este momento se retira el Dr. Fanzolato.

Dra. Villagra: retomo. Resulta paradójica la protección que se establece v. gr. en pro del consumidor y la indiferencia con que se considera la situación de subordinación conyugal de la mujer que en algunas parejas todavía se observa en nuestro país. Desconocer esta situación de desigualdad de género que aún cuenta con arraigo cultural en numerosas zonas de la Argentina, o incluso en los países limítrofes de los que emigran al nuestro, atenta con la protección que merece tener. Parece que que la enunciación de las deudas anteriores al matrimonio tendría como objeto la protección de los acreedores anteriores a la celebración del mismo permitiéndoles ignorar lo pactado en la medida que ello le acarree perjuicios. ¿O solamente se trata de los acreedores anteriores al cambio de régimen? Porque fíjense cómo dice el artículo 449 última parte: los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de UN año a contar desde que lo conocieron. Entonces yo que planteo? La enunciación de las deudas, el inciso b) del 446, para que sirva la enunciación de las deudas? Para protegerlos frente a un cambio de régimen? No logro ver cual es la razón de abandonar el sistema actual de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas del otro sentado por el art. 5 de la ley 11.357, que da plena cobertura tanto a los acreedores anteriores a la celebración del matrimonio como a los posteriores permitiéndoles agredir todos los bienes presentes al tiempo de exigir el cobro compulsivo del crédito, sea con los bienes anteriores al matrimonio (propios) o con los que adquiriera después gananciales o propios. La posibilidad de inoponibilidad a los acreedores condicionada a que sufran perjuicios supone establecer una medida de protección compleja y que no se advierte cuál es el interés de bien común que se pretende proteger. Si la condición de la inoponibilidad es la existencia de perjuicios, la acción de fraude es suficientemente comprensiva para dar cobertura a estas situaciones, sea que las personas estén casadas o no. Existen numerosas medidas de protección creditoria que le permiten al acreedor acordar una garantía singular para proteger su crédito, cuyo costo por lo general lo asume el propio deudor, por lo que no se advierte cuál es el interés de orden social que se pretende proteger en estos casos. No parece que estén protegidos

los acreedores anteriores a la celebración del matrimonio pese a la enunciación de las deudas que prevé la convención prenupcial. Por otro lado, habla de la oponibilidad del “cambio de régimen” por el término de un año pero a contar desde que lo conocieron en vez de establecer desde que se inscribió el nuevo régimen en el acta de matrimonio, dando pie para que se pueda discutir la existencia de un conocimiento individual posterior a la registración, quebrando la igualdad de trato entre los acreedores y desprotegiendo a la familia.

Dra. Solavagione: la pregunta sería: desde que lo conocieron o desde la inscripción?

Dra. Villagra: respecto de la imposibilidad de efectuar convenciones prenupciales por los menores de edad, cabe señalar que en el art. 450, en primer lugar, se observa una discordancia en los términos utilizados. Los menores de edad son “dispensados” para casarse y si bien no deja de ser una “autorización” judicial, lo correcto es utilizar la misma terminología. No se les permite ni hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción por un régimen de separación, lo que coloca a estos matrimonios en una situación de desigualdad frente a la posibilidad que se le acuerda a los matrimonios de personas mayores de edad, cuando -en puridad- si el juez los ha dispensado para casarse es porque se encuentran en condiciones de comprender la naturaleza del compromiso de vida en común que se han propuesto. O será que implícitamente se está reconociendo la desigualdad intrínseca que conlleva para los cónyuges adoptar un régimen de separación de bienes, y la decisión se funda en la protección del menor de edad dispensado. Lo que quiero decir es esto: si digo que los menores no pueden elegir un régimen de separación de bienes ... o estoy diciendo indirectamente que el régimen de separación de bienes es perjudicial para sus intereses.

Dra. Solavagione: o al menos que exija mayores recaudos que el régimen de la ganancialidad.

Dra. Villagra: en orden a la imposibilidad de efectuar donaciones, hay que revisar las normas de patria potestad o ahora autoridad de los padres para ver en qué supuestos los representantes del menor podrían donar. Creo que ninguno. En el sistema actual, la limitación a los menores emancipados por matrimonio sólo apunta a la imposibilidad de disponer de los bienes recibidos a título gratuito, pero en nada impide que respecto de los bienes gananciales se desenvuelvan como cualquier mayor de edad rigiendo plenamente tanto el art. 5 de la 11.357 como todos los otros que regulan el régimen de la sociedad conyugal. Esta limitación no se corresponde con la declamada vocación de dotar al menor de una mayor autonomía para gobernar sus propios asuntos. ¿Por qué razón no podría acordar estar bajo el régimen de separación? En el sistema vigente, el **art. 1.222 del C.C.** se prevé “el menor que con arreglo a las leyes pueda casarse, puede también hacer convenciones matrimoniales sobre los objetos del artículo 1.217, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita para

contraer matrimonio. O sea, actualmente el menor puede hacer convención pre matrimonial con la autorización de sus padres, y una vez que la hace, si es emancipado por matrimonio no tiene ninguna limitación.. En cambio acá no lo dejan, ni la convención, ni elegir un régimen de separación. Por que razón no podría entonces en el sistema proyectado el mismo juez que dispensa al menor autorizar a la adopción del régimen de separación?

Dra. Solavagione: me parece muy buena idea, que quede como propuesta. No es que la capacidad se adquiere en forma repentina; si le permiten que se vaya adquiriendo la capacidad, por que no lo pueden dispensar? No tiene lógica. **El art. 450 no se compatibiliza con el estatuto de matrimonio de menores de edad o dispensos.** Esa es la conclusión.

Dra. Villagra: nada dice de la situación de aquellas personas con capacidades restringidas que han obtenido dispensa para casarse.

Dra. Solavagione: se omitió darle tratamiento. Es el inciso g) del art. 403. **CONCLUSION: se omitió considerar la situación de la persona con capacidad restringida. Por que está la dispensa en el 405. SE OMITIO CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE LA SITUACION DE LA PERSONA CON CAPACIDADES DIFERENTES QUE HA SIDO DISPENSADA. Ver la palabra adecuada según el artículo.**

Dra. Villagra: yo me pregunto: es que acaso se piensa que en este supuesto no hay riesgo alguno para el discapacitado? En ese caso lo lógico sería imponer un régimen de separación y no al revés. No estoy tan segura.

Dra. Solavagione: eso ratifica mi posición que la persona enferma mental no puede contraer matrimonio ni con dispensa judicial.

Dra. Villagra: conozco a un chico Down que está de novio, que quiere casarse.

Dra. Solavagione: tendríamos que trabajar el 450 de “personas con capacidades disminuidas”. Es complicado el tema, para mí se presta para los caza fortunas, se quedan con la plata. Además, quien es el curador del insano naturalmente? El cónyuge!!! ES UNA PERLITA!!

Dr. Villagra: luego siguen las donaciones por razón de matrimonio, en el trabajo está la descripción del régimen vigente. Leo el propuesto porque no recuerdo que tenga nada en particular. Las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones relativas al contrato de donación. Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra. Bueno, todo eso no cambió mucho. Las innovaciones sobre el derecho vigente tienden a llevar certeza a estas situaciones estableciendo que en todos los casos implícitamente contienen la condición de la celebración de un matrimonio válido...bueno, es lo que hablamos. En este artículo y en el siguiente es en el único lugar dentro del proyecto de modificación que se refiere la ley como “**novios**” como si fuera una nueva categoría jurídica.

Dra. Solavagione: utiliza esa palabra?

Dra. Villagra: si, utiliza la palabra novio, como en el Proyecto del '98. En vez de decir "futuros contrayentes" como lo consigna en los artículos anteriores atinentes a la celebración. Se desconoce si se trata de una impropiedad más que da cuenta de la poca depuración técnica que se observa en todo el proyecto lo que pone en evidencia no sólo la labor parcializada de numerosos autores, sino esencialmente la falta de revisión final antes de presentarlo oficialmente probablemente por las urgencias políticas que no se corresponden con la prudencia y mesura con que se deben encarar proyectos como el propuesto, o si en definitiva, se quiere separar la situación de lo que implica efectivamente la celebración de manera que sólo serían "futuros contrayentes" quienes se presentan ante el oficial público a celebrar el matrimonio.

Dra. Villagra: sigo. En el Proyecto del '98 decía así, sobre las promesas de donación: cuando sea hecha por terceros a uno de los novios, o a ambos, sólo puede ser probada por escritura pública. Es irrevocable, pero queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un (1) año. Se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra dentro de ese plazo.

Dra. Solavagione: qué artículo es?

Dra. Villagra: el 453 (del proyecto actual). Continuo: en el proyecto actual se permite que se revoque. En cambio, en el '98 era irrevocable. Lo importante es dejar asentado que ha cambiado. Sigamos: por qué razón se dispone una caducidad anual de la oferta si por el otro lado se presume aceptada si no es revocada. Lo razonable es que quien hizo la oferta la pueda revocar en todo momento sin ninguna sanción. Si no la revocó y el matrimonio se celebró sea al año o cuando fuere, por qué no podría ser exigible aún cuando haya pasado el año? obligaría a celebrar el matrimonio antes del año para no perder la oferta?

Dra. Solavagione: viendo que abordando todo de esta manera no vamos a llegar a alimentos. No es que sea complicado, al contrario, quizás sea la mejor parte.

Dra. Villagra: también está muy bien el tema de la vivienda, y de los actos que requieren asentimiento. Leo el deber de contribución: "los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga (*art. 455*).

Dra. Solavagione: lo bueno es que se agregan hijos menores capacidad restringida. De donde sacás que deben convivir?

Dra. Villagra: los comunes aunque no convivan, deben contribuir los dos. Y el proyecto dice que se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad o con capacidad restringida, o con incapacidad de uno de los cónyuges. Yo pienso en las familias ensambladas, pero que convivan.

Dra. Solavagione: el Dr. Fanzolato habla del deber de contribución, creo recordar que es exigible a los co-residentes. Dice que si no, habría enriquecimiento sin causa para el hijo que está fuera de la familia y no convive. El deber de contribución, la naturaleza jurídica está en el libro de él.

Dra. Villagra: acá dice que es que conviven con ellos, supongo que se refiere a un hijo que no es común.

Dra. Solavagione: no está claro.

Dra. Villagra: los comunes, aunque no convivan, tenés la obligación. En cambio, en familias, ensambladas, cuando hay hijos del otro estoy obligado a contribuir en la medida que convive, si no, no hay obligación.

Dra. Solavagione: lo bueno es que **el proyecto incorpora expresamente el deber de contribución, que antes no estaba. Lo divide en contribución y alimentos por otro lado.**

Dra. Villagra: exacto. Sigo: en relación a los **alimentos a los hijos menores que no son comunes** (hijos matrimoniales o extramatrimoniales de uno de los esposos, nacidos antes o después de la celebración del matrimonio), la condición para que el otro esposo le deba alimentos es que convivan con él. En la legitimación activa se consigna la posibilidad que el cónyuge demande esta contribución, pero estimo que la previsión es estrecha ya que tendría que otorgarse legitimación a los directamente perjudicados sea por sí o representados por los parientes o por el Ministerio Pupilar o incluso por el otro progenitor con quien no convive el menor pueden reclamar alimentos al cónyuge progenitor o no progenitor conviviente que fuere remiso.

Dra. Solavagione: no sería meterse en la familia? El Ministerio Público? Mientras sea para proteger todo bien, pero no quiero que piensen que propugnamos un estatismo.

Dra. Villagra: es decir que solo quedaría habilitado el cónyuge. Y el menor?

Dra. Solavagione: siempre, con una acción de estado.

Dra. Villagra: pero quien lo patrocina?

Dra. Solavagione: pero la idea de la capacidad progresiva es darle cada vez más capacidad cuando son más chicos, cada vez a menor edad.

Dra. Villagra: si el cónyuge legitimado, no lo hace, quien lo haría? Ahora que pienso, está en el CC, pero quizás en el proyecto esté en otra parte.

Dra. Solavagione: no es obligación alimentaria. Es más bien puramente patrimonial. Si no, la persona se va de la casa.

Dra. Villagra: quizás sea mucho. Pienso qué pasa si aparece otro hijo: no se puede dejar de prestar alimentos, pero la cuestión es cortar, que no haya legitimación del otro progenitor para conmigo. Por qué yo estaría obligar a pagar si es un afín? En el 1.275 se habla de los hijos legítimos, según la mayoría no hay que leerlo, pero también se decía que sí, por este tema.

Dra. Solavagione: acá entran todos los hijos, matrimoniales o no, pero siempre que convivan.

Dra. Villagra: si, estoy obligada a sostener al hijo común es obvio, de los afines en la medida que convivan, yo no.

Dr. Almaraz: pero que pasaría en caso de necesidad?

Dra. Villagra: no lo sé. Ese es el tema. Habría que ver los alimentos de los hijastros. Ver 370 o 371 o 372.

Dra. Solavagione: en la realidad pueden surgir muchas objeciones.

Dra. Villagra: no vi el tema de los alimentos extendidos, habría que ver patria potestad.

Dra. Solavagione: es muy extenso, pero tampoco se puede tener una visión liviana. No puedo trabajar con puntos sueltos. Se trabaja bien o no se trabaja.

Dra. Villagra: lo dejo para profundizar en el caso de los puntos señalados. Quiero pasar al 1.277 (actos que necesitan asentimiento) siempre hablando del régimen primario (456): 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 seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Dra. Solavagione: se precisa más.

Dra. Villagra: está mal el título, dice consentimiento, pero corresponde asentimiento.

Dra. Solavagione: ahora lo corrigieron.

Dra. Villagra: ...no más de 6 meses.

Dra. Solavagione: acá es donde el Dr. Fanzolato dijo que el plazo es muy exiguo.

Dra. Villagra: entonces no regiría el 2.412? Si podés pedir la restitución de los muebles, que son no registrables, quiere decir que no regiría la presunción de propiedad.

Dra. Solavagione: chocaría con el 2.412.

Dra. Villagra: será la restitución de los muebles por el tema del transporte, y la nulidad por la disposición, puede ser así.

Pasando a la vivienda familiar: no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio. Esta sería la regla: 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; salvo que haya sido dispuesta por los cónyuges o por uno con el asentimiento del otro (art. 456). Recordemos que no hay bien de familia.

Dra. Solavagione: entonces puede ser ejecutada.

Dra. Villagra: sí, si los dos firman, sí. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Leo los 3 artículos juntos (*lee 457, 458 y 459*). Ej.: los que están en coma, capacidad restringida, etc., por el interés de la familia, el juez lo autoriza. Parecido al 1.277 última parte. Explicación: comparando con el art. 1.277 del CC vigente se advierte que la previsión plantea contemplar el supuesto previsto en el artículo 1.277, 2º parte del CC sea que los cónyuges estén bajo el régimen de comunidad o estén bajo el régimen de separación de bienes. Pero no aclara el artículo en cuestión si es necesario que existan hijos menores o incapaces, como se exige ahora, sólo habla de “vivienda familiar”, en vez de vivienda “común” como decía el Proyecto del año 1998, lo que despeja toda posibilidad de interpretar el calificativo “común”, comprendiendo también a los bienes propios que en verdad no son “comunes”. Se desprende además que no sólo comprende el derecho de propiedad sobre el inmueble que constituye la “vivienda familiar” (que puede comprender sólo una fracción determinada de un inmueble), sino también los derechos sobre ella puedan tener los cónyuges cualquiera que sea la calidad del bien propio o ganancial, sean boletos de compraventa, derechos posesorios, u otros derechos (adjudicaciones en planes de vivienda, de cooperativas, de mutuales, etc.), lo que resulta una **previsión que contempla con claridad la protección de la familia**. Esta previsión es independiente de la situación de convivencia de los cónyuges, pero **no rige si los convivientes han dejado de ser cónyuges**. Ahora, si son convivientes, cómo está propuesto?

Dra. Solavagione: como se compatibiliza con la falta de ...?

Dra. Villagra: rige, convivan o no. Sigo: en orden a los muebles indispensables “de ésta” en verdad no son muebles de la vivienda considerada como un inmueble, sino en relación a la función que desempeñan dentro de la vivienda, esto es, en la medida que tengan relación con el uso que se le da a la vivienda como asiento o residencia de la familia. Es una disposición que aventaja la situación actual que sólo contempla la necesidad de asentimiento de los bienes muebles registrables. En orden al **transporte de los bienes muebles**, se trata de una disposición

que aventaja la situación precedente ya que no sólo comprende a los actos de disposición jurídica o material y no sólo comprende los bienes gananciales sino también los propios. Continuo: se advierte que con razón se ha limitado la posibilidad de anulación del acto de disposición de los bienes (vivienda, muebles del hogar o transporte fuera de la vivienda) por **un término menor que el previsto en el Proyecto del año 1998** que acordaba un año al cónyuge que no asintió con la decisión del otro cónyuge. Dice el artículo que puede reclamar la anulación o la restitución de los bienes. No advierto cómo puede reclamar la restitución de los bienes sin pedir la anulación. O será que se refiere sólo al supuesto de traslado? Creo que debe ser eso: la anulación para la disposición, y la restitución para el traslado.

Dra. Solavagione: puede ser, pero son todas conjeturas.

Dra. Villagra: pasa que no tengo cuáles han sido las fuentes. Inejecutabilidad de la vivienda familiar: se trata de una disposición que viene a dar respuesta a un reclamo general de protección de la vivienda que sólo contemplaban algunas constituciones provinciales tachadas de inconstitucionales, pero con el régimen proyectado que reitera lo que ya preveía el Proyecto del año 1998, al integrar el régimen de legislación común es aplicable a todo el país y a toda persona casada. No obstante es evidente que al derogarse la ley 14.394 de bien de familia, esta aparece como insuficiente para lograr el objetivo ya que **se permite que la vivienda pueda ser ejecutada cuando la deuda sea posterior pero contraída por ambos cónyuges en forma conjunta** y no sólo cuando existe gravamen hipotecario o por saldo de precio.

Dra. Solavagione: marquemos este tema, está incorporado como bien de familia, pero no de esta forma. **Creo haberlo visto como propiedad de la familia.** Dicen que está incorporado como una institución. Habrá que ver en qué parte esta. Pero de todas formas es insuficiente. Si ambos cónyuges prestan el asentimiento, se puede vender. Es una hermosa expresión de deseos.

Dra. Villagra: en el 1.277 actual es lo mismo, aunque existan hijos menores.

Dra. Solavagione: repite el 1.277, pero se vende como una mayor protección de la vivienda familiar. Pero no encuentro nada novedoso. Quizás esté en otra parte.

Dra. Villagra: lo que tiene de novedoso es que está para el régimen de separación.

Dra. Solavagione: es decir, **esta parte es aplicable para los dos regímenes, pero tiene sentido solo en el régimen separatista, no en el régimen ganancial: acá siempre fue así. Podría haberse dicho: esta parte no rige para el otro régimen.**

Dra. Villagra: sigo con mandato entre cónyuges, art. 459: uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en

contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos. Pasemos a ausencia o impedimento (*lee el art. 460*). Yo digo que en el caso del mandato tácito no podrá aplicarse cuando el cónyuge no puede expresar su voluntad pero sí es factible cuando esté ausente en la medida que conozca lo que se está haciendo en su nombre y no se oponga expresamente. Bueno, sigo con responsabilidad solidaria. Hablo de la crítica al 461: tengo la convicción personal que la disposición perjudica a los esposos en protección de los terceros acreedores, ya que genera una solidaridad legal sin que a ciencia cierta se advierta cuál es la razón de semejante previsión cuando en el sistema vigente la obligación legal que prevé el art. 6, obligación concurrente, es suficientemente explícita sobre la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda limitando la posibilidad de persecución del acreedor a los frutos de los bienes sin perjudicar el capital. La norma vigente protege de mejor manera el capital del cónyuge no contratante y de manera directa el capital del grupo familiar, aún en aquellos casos que se trata del sostenimiento del hogar o la educación de los hijos. Nada impide que el acreedor previsor exija la concurrencia de ambos esposos al momento de contratar por lo que una previsión legal que venga a suplir esta omisión del acreedor no aparece a mi juicio como protectora del interés familiar. Si tenemos en cuenta, y acá es donde veo el mayor problema, que se trata de una regla del régimen primario es evidente que contempla la situación de los esposos, **sea que convivan o no**.

Dra. Solavagione: pero yo me fijé mientras hablabas. Cuando habla de hijos comunes, se habla de cierta comunidad. Ellos son solidariamente responsables en el régimen patrimonial primario básico, en la educación de los hijos, necesidades del hogar, etc.

Dra. Villagra: les parece una regla correcta.

Dra. Solavagione: pero sobre qué se hace pie? Qué solidaridad, si no tienen convivencia? Será la comunidad de los hijos?

Dra. Villagra: ahora la regla es la patria potestad compartida. Entonces mi cónyuge tiene plata, lo manda a un Colegio caro, yo termino siendo responsable solidariamente de la cuota alta? Me están perjudicando, cuando en el sistema actual la decisión la tiene el progenitor que tiene la guarda. No se puede exigir que yo pague una decisión del otro. Pero tiene coherencia si vamos a la patria potestad compartida porque los dos deciden si se lo manda a ese lugar.

Dra. Solavagione: **ahora la responsabilidad parental tiene dos caras. Si se ve desde la patria potestad sí, si se ve desde el matrimonio no. Solamente se justifica la solidaridad compatibilizándola con los principios de la patria potestad compartida.**

Dra. Villagra: claro, sería así. Si tenemos en cuenta que se trata de una regla del régimen primario es evidente que contempla la situación de los esposos, **sea que convivan o no**, y en este

sentido aún cuando se trate de las deudas dispuestas para atender la educación de los hijos, no aparece justo que uno de ellos se vea perjudicado en sus bienes por la decisión adoptada por el otro en el ejercicio de la patria potestad, o autoridad parental que ahora se prevé como compartida. A mi juicio, el sistema vigente protege en mejor medida el patrimonio conyugal. Entonces, el 461 habla de hijos comunes. Pasemos al 462 (*lee el artículo*). Se refiere a cosas muebles no registrables. En el sistema del 1.277 solamente estaba previsto los muebles registrables, eso sería una novedad. Son actos de administración y disposición. El que tiene el derecho es el que ejerce individualmente la tenencia. Cuáles son los que no van a ser válidos? Muebles indispensables del hogar, o destinados al uso personal, o al ejercicio de su trabajo o profesión. No se advierte por qué razón habla de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, ya que uno de los cónyuges aún cuando no se trate de un bien registrable puede haber sido el único adquirente, por lo que no se comprende por qué razón no lo considera como propietario de la cosa. Será porque presume que ambos son propietarios. El problema es la tenencia individual.

Dra. Solavagione: claro, donde está la posesión que vale por título?

Dra. Villagra: no se comprende por que razón no lo considera propietario de la cosa. Será porque presume que ambos son propietarios?

Dra. Solavagione: no, porque si no, no se pondría la tenencia. Son bienes de titularidad incierta.

Dra. Villagra: yo presumo que contempla esa situación. Establece la regla de la validez de los actos cuando los terceros son de buena fe y por un título oneroso, pero no rige esta regla permitiendo la impugnación por ineficacia por parte del otro cónyuge cuando se trate de los muebles del hogar u objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o de su trabajo o profesión lo que aparece razonable ya que ha de interpretarse que en relación a los objetos de uso personal del otro no son de propiedad de quien no los usa ni respecto de los que están relacionados al trabajo o profesión del otro, pero **si ambos tienen el mismo trabajo o ejercen la misma profesión la cuestión se complica**, o cuando alguno de ellos ha sido quien los ha adquirido. No se recurre a la sanción de inoponibilidad sino directamente a la acción de nulidad de manera que en el sistema actual esta acción sería improcedente frente a la buena fe del tercero por el art. 2.412 del C.C. en el sistema propuesto, nada impediría la anulación, creando una situación de incertidumbre que no resultará fácil de soslayar. O sea que yo tengo, indispensables del hogar, para uso personal y tenencia individual, que no se qué quiere decir, entonces esos, a pesar de tener la protección del 2.412, podría ir y restituir. Pensemos la gravedad por ej, en un tomógrafo.

Dra. Solavagione: con el consumo que hay, existen cosas muebles no registrables de mucho valor. Esto va a generar fuentes de conflicto matrimoniales.

Dra. Villagra: **sería coherente cuando hay convivencia, si no, los de uso personal sería de cada cual.** Pasemos a la enumeración de los bienes propios (lee parte del art. 464). Es decir, está bien el tema de la recompensa: siempre dice sin perjuicio de la recompensa. También lo de la propiedad intelectual. El derecho moral de la obra intelectual, no sé a qué se refiere. El mismo problema del propio está en el 465 última parte (*bienes gananciales, inciso f*).

Dra. Solavagione: o sea si el saldo es superior al aporte ganancial el nuevo bien es propio?

Dra. Villagra: así es. La prueba del carácter de los bienes está bien (*art. 466*). Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. Y la novedad: en caso de no poderse la obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

Dra. Solavagione: no hay norma de procedimiento?

Dra. Villagra: creo que está la de fraude. No, que recuerde es lo único. Es la única acción.

Dra. Solavagione: entonces **propugnamos que a nivel local se incorpore una acción específica en el CPC.**

Dra. Villagra: pienso en la acción declarativa de certeza.

Dra. Solavagione: pero será apropiada a la declaración del bien? Creo que habría que buscar una herramienta procesal específica.

Dra. Villagra: podríamos parar acá. La diferencia es poca entre el régimen de comunidad y el régimen primario, lo que queda pasado al primario son las deudas del 6, que pasan al régimen patrimonial primario: se aplican las reglas. En cambio, en el régimen de comunidad hay que contemplar la reparación de los bienes gananciales, gastos de reparación y conservación, en este supuesto, de separación de bienes, no es carga de la comunidad. No hay propios ni gananciales: los gastos de conservación de los bienes gananciales lo soporta cada uno. La otra cuestión es las deudas, la solidaridad, que está en el primario y en el otro no. La otro es la posibilidad es mutar el valor del bien, el mayor valor, que es lo complicado. Y los otros temas son el de la vivienda y el de los bienes no registrables.

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:30 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el día martes siete de Agosto a la misma hora.

ACTA DE LA OCTAVA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los siete (7) días del mes de Agosto del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática **de la Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Raquel Villagra de Vidal, Nélica Mariana Wallace y Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Título III “Uniones Convivenciales” del Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “*Conclusiones*”.

UNIONES CONVIVENCIALES

Informe de la Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace

Cuatro capítulos: constitución y prueba, pactos de convivencia, efectos durante, cese efectos,

TITULO III. Uniones convivenciales, Capítulo I. Constitución y prueba.

“Art. ARTÍCULO 509. Ambito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

De una depurada técnica legislativa, la regulación de uniones convivenciales denota un tratamiento respetuoso de la institución.

Calificada por el afecto y la singularidad, a más de la publicidad y estabilidad, esta vinculación juridizada, históricamente ignorada en la regulación de sus efectos familiares, ha sido justamente jerarquizada en cuanto los efectos, personales y patrimoniales, entre los convivientes. **ES DE MENCIONAR, QUE LAS DOS PRIMERAS EXIGENCIAS, RELACION AFECTIVA Y SINGULAR (EXCLUSIVIDAD SEXUAL), SON PRESUPUESTOS INEXPLICABLEMENTE AUSENTES EN LA REGULACION DEL MATRIMONIO.**

Las características de pública, notoria, estable y permanente, hacen a la coherencia de un sistema que otorga efectos jurídicos a relaciones compatibles con un proyecto común sostenido abiertamente en el tiempo. Excluye, por lo tanto, las convivencias intermitentes, solapadas, de más de dos miembros, o con fines diferentes a los de dar satisfacción al afecto recíproco y proyecto en común.

Esto último tiene su trascendencia jurídica, en razón que podría habilitar a la indagación de los fines de la unión al momento que se pretenda reclamar sus efectos, lo cual no concurre respecto de las uniones matrimoniales conforme se proyecta. Si la unión está inscripta, no podría oponerse la falta de publicidad, afecto recíproco o proyectos comunes, todo lo cual queda suplido por la formalidad de la inscripción.

Coherente con la tónica vigente de los derechos civiles, la unión convivencia comprende uniones singulares entre personas de igual o distinto sexo.

*“ARTICULO 510. **Requisitos.** El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que:*

- a) los dos integrantes sean mayores de edad;*
- b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado.*
- c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.*
- d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;*
- e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años”.*

Los requisitos propuestos, a los fines de hacer surgir efectos a las uniones convivenciales, indicaría exigencias paralelas a las que tradicionalmente se consideran de validez, llama a confusión el inc. e) que lo sería de existencia.

La edad mínima de dieciocho años, no concurrencia de impedimentos de parentesco, la habilidad nupcial en abstracto con más estabilidad por dos años, son suficientes a los fines de otorgar los efectos previstos para la figura.

La imposibilidad de exigir los efectos de las uniones convivenciales en razón del “ligamen” se produce por la existencia de matrimonio y/o unión convivencial registrada simultáneamente.

Esto genera situaciones altamente complejas respecto de los convivientes cuyas uniones están sin registrar. Debe de preverse los **efectos de la buena o mala fe de los convivientes con**

uniones matrimoniales o convivenciales registradas, como de aquellos que estando unidos sin registraci3n alguna, generan expectativas econ3micas, a la postre irrealizables.

Por su propia naturaleza informal, no se considera la falta de raz3n suficiente al momento de iniciar la convivencia, lo cual puede generar situaciones altamente complejas que la judicatura deber1 resolver recurriendo a principios generales y criterios personales, al momento de reclamos patrimoniales (por ejemplo), con lo constructivo y riesgoso que tal delegaci3n implica. Distinto ser1a el supuesto de las uniones convivenciales registradas, d3nde se podr1a atacar el acto jur1dico por la no concurrencia de voluntad plena.

*“ARTICULO 511. **Registraci3n.** La existencia de la uni3n convivencial, su extinci3n y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicci3n local, s3lo a los fines probatorios.*

No procede una nueva inscripci3n de una uni3n convivencial sin la previa cancelaci3n de la preexistente”.

La informalidad de la figura es connatural a ella, organizando un sistema registral al s3lo efecto probatorio. Obviamente que no se puede pretender la registraci3n de pactos sin la previa de la uni3n convivencial. De ello que las convivencias sin pactos econ3micos pueda obtener efectos por la p3blica convivencia sin otro requisito.

*“ARTICULO 512. **Prueba de la uni3n convivencial.** La uni3n convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripci3n en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia”.*

Como lo hab1amos manifestado en el art. 510, la registraci3n genera efectos dispares. En un sentido permite indagar la capacidad de quien realiza el acto registral y habilita a solicitar su nulidad. En otro sentido imposibilita la indagaci3n respecto a la existencia o no de afecto y proyecto de vida en com3n entre los convivientes.

CAPITULO 2. Pactos de convivencia

*ARTICULO 513. **Autonom1a de la voluntad de los convivientes.** Las disposiciones de este t1tulo son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los art1culos 519, 521 y 522”.*

No existen pactos t1citos o informales en el 1mbito de las uniones convivenciales que se pretendan oponer a tercero. Esto como consecuencia l3gica de la seguridad del tr1fico jur1dico respecto de terceros contratantes con un conviviente.

Entre los convivientes, la registraci3n es a los fines probatorios, igual que la uni3n en si. Ello conforme art. 511.

Con una t3cnica poco prolija, se distribuyen en tres art3culos, la materia disponible, la posible y la excluida de negociaci3n.

As3 en el art. 513, se excluye de negociaci3n el r3gimen patrimonial primario (art. 519,521 y 522). Art3culo seguido, 514, se dan un casu3stica poco 3til sobre la posible materia de disposici3n, para retomar los excluidos de negociaci3n en el art. 515.

“ARTICULO 514. Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

- a) la contribuci3n a las cargas del hogar durante la vida en com3n;*
- b) la atribuci3n del hogar com3n, en caso de ruptura;*
- c) la divisi3n de los bienes obtenidos por el esfuerzo com3n, en caso de ruptura de la convivencia.*

ARTICULO 515. L3mites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden p3blico, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la uni3n convivencial”.

Esta modalidad de implementar l3mites, que se debe complementar con el art. 513, no deja de sorprender en raz3n que genera un 3mbito de autonom3a de la voluntad a los fines de organizar el estatuto personal de los convivientes no previstos para los c3nyuges.

As3, respetando el bloque duro de los derechos constitucionales, como el de dignidad, integridad, etc. los convivientes podr3an organizar sus responsabilidades personales durante la convivencia “a la carta”.

Igual suerte corre el r3gimen de bienes que se propongan de com3n, dejando a salvo el r3gimen primario (art. 519, 521 y 522) de naturaleza indisponible.

Como no se registra una restricci3n a la organizaci3n de los efectos personales entre convivientes, sumado a la no contemplaci3n de uniones convivenciales sin registro como raz3n de imposibilidad de efectos convivenciales (art. 510, d), nos preguntamos si se podr3a consensuar un r3gimen personal de coexistencia de uniones sin registros, cuyos efectos patrimoniales se proyecten en todos ellos (no as3 con respecto a terceros por la no registraci3n).

*“ARTICULO 515. **Límites.** Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial”.*

En materia de Derecho de Familia, invocar el límite del orden público en un período de transición de paradigmas tan marcado por las rupturas, parecería un contrasentido.

Es clara la intención de proyectar en la judicatura, la responsabilidad de perfilar el nuevo orden público familiar que dará, entre otras aplicaciones, los límites a la autonomía de la libertad. Más llamativo se nos presenta teniendo en cuenta que el norte en todo el sistema de familia proyectado es el de potenciar la autonomía de los miembros de la familia, matrimonio y/o unión convivencial. ¿Será acaso el temor a una exagerada vocación reglamentarista de los convivientes?

*“ARTICULO 516. **Modificación, rescisión y extinción.** Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.*

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro”.

Como consecuencia necesaria de la autonomía de la voluntad, entre los convivientes, pueden modificar los pactos en todo momento, sin necesidad de lapso e vigencia alguna. Asimismo los pactos son intrínsecamente inestables, porque pueden ser rescindidos unilateralmente con la unión convivencial (523, inc. f).

El estatuto de los convivientes no puede proyectarse más allá que la vigencia de la convivencia, salvo cuando el mismo regula, justamente, los efectos personales y/o patrimoniales pos convivencia (ejemplo 514 inc. b y c).

*“ARTICULO 517. **Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros.** Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.*

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura”.

Con toda lógica, los efectos de los pactos respecto de terceros están vinculados a un triple sistema de registración: la correspondiente a la de los pactos de convivencia, la correspondiente al de los bienes registrables que afecta y la de la registración de la ruptura de la unión que se registra en el mismo registro de su inscripción.

Esto genera un estatuto diferenciado para las uniones registradas y sin registraci3n, las cuales no podr3n hacer oponibles a terceros los estatutos vigentes entre convivientes.

CAPITULO 3

Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia.

“ARTICULO 518. Relaciones patrimoniales. Las relaciones econ3micas entre los integrantes de la uni3n se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia.

A falta de pacto, cada integrante de la uni3n ejerce libremente las facultades de administraci3n y disposici3n de los bienes de su titularidad, con la restricci3n regulada en este t3tulo para la protecci3n de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella”.

De los efectos de las uniones convivenciales, el primero regulado es el patrimonial.

Como se ver3, arts. seguidos (519, 521 y 522), las uniones convivenciales tienen un r3gimen patrimonial primario, imperativo e inamovible.

Salvando este r3gimen que es de orden p3blico, los convivientes pueden pactar el r3gimen de bienes que consideren adecuado a sus necesidades, realidades y expectativas, respetando los derechos fundamentales y la igualdad de ambos.

A falta de estipulaci3n en contrario, conservan la libre administraci3n, disposici3n y responsabilidad de sus bienes y deudas. Sistema conocido como de separaci3n de bienes en la doctrina de los r3gimenes patrimoniales matrimoniales.

“ARTICULO 519. Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia”.

Coherente con el art. 513, que perfila la uni3n convivencial sign3ndola con el afecto, el deber de asistencia puede ser interpretado como asistencia moral y no s3lo material.

As3 los convivientes se deben rec3procamente gestos proactivos al bienestar y promoci3n del otro.

El incumplimiento de este deber de asistencia no registra una consecuencia en el estatuto convivencial. Cada conviviente est3 habilitado a cesar unilateral e incausadamente la vida com3n. Supuesto diferente si el pacto de convivencia organiza otro desenlace a este incumplimiento.

Nos preguntamos si los convivientes podr3an eximirse en el pacto de convivencia de las responsabilidades por da3os causados por falta de asistencia durante la comuni3n de vida. Ello podr3a ser considerado una disposici3n en contra de los derechos fundamentales, ya que afecta el derecho de toda persona a ser respetado en su integridad personal.

*“ARTICULO 520. **Contribución a los gastos del hogar.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el pacto de convivencia, los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455”.*

Este artículo, que regula las contribuciones al hogar, forma parte del régimen patrimonial primario y es de orden público. Pese a lo dispuesto en el art. 514, la lectura armónica de los art. 514, 520 y 455 no da lugar a dudas. Ambos convivientes deben de contribuir al sostenimiento del hogar. No hablamos de cargas alimentarias entre convivientes, prestación de naturaleza muy distinta. La exención de esta responsabilidad, invadiría el principio de igualdad entre los convivientes, que debe de sostener todo pacto de convivencia conforme art. 515.

*“ARTICULO 521. **Responsabilidad por las deudas frente a terceros.** Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461”.*

Se impone legalmente la solidaridad entre los convivientes respecto de las deudas contraídas por uno de ellos a fin de solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

Eso se proyecta en dos sentidos. Por un lado una mayor garantía para los terceros contratantes, En una segunda lectura, se impone un deber/derecho de interés en la gestión patrimonial del conviviente, derivada del proyecto de vida en común, un deber de comunicación como parte de un estatuto personal implícito.

*“ARTICULO 522. **Protección de la vivienda familiar.** Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.*

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

La atinada protección de la vivienda de los convivientes, es una medida acorde a los principios constitucionales y la más arraigada doctrina nacional, que eleva esta medida a una política de estado.

Hubiera sido deseable, la extensión de la protección a las uniones aún no inscriptas, por los intereses superiores que protege.

CAPITULO 4. Cese de la convivencia. Efectos.

“ARTICULO 523. Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa:

- a) *por la muerte de uno de los convivientes;*
- b) *por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;*
- c) *por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;*
- d) *por el matrimonio de los convivientes;*
- e) *por mutuo acuerdo;*
- f) *por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;*
- g) *por el cese durante un período superior a UN (1) año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común”.*

Las causas del cese de la unión convivencial son comunes a la de los efectos, por lo cual, tanto las inscriptas como las no inscriptas, cesan por idénticas causas.

Se encuentra una contradicción del inc. c) del art. 523 con el inc. d) del art. 510.

No se puede constituir una unión convivencial vigente otra inscripta, no obstante ello, la inscripción de la posterior, disuelve la anterior

“ARTICULO 524. *Compensación económica.* Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

Esta prestación compensatoria, está muy bien ideada a los fines de, justamente, compensar las pérdidas y mermas de naturaleza económica, en ocasión de la convivencia y/o ruptura. No contempla las pérdidas de naturaleza extramatrimonial, ni de chance.

“ARTICULO 525. Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;*
- b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;*
- c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;*
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;*
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;*
- f) la atribución de la vivienda familiar.*
- g) La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en artículo 523”.*

Es altamente positiva la utilización de estos parámetros a los fines de la determinación de una prestación compensatoria entre convivientes. Máxime contemplando lo indicado en el inc. e) que es, por lo general, la mayor causa del empobrecimiento de un miembro de la pareja en beneficio del otro.

“ARTICULO 526. Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

- a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;*
- b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.*

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea

enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato”.

La regulación de la atribución de la casa que fuera sede del hogar convivencial, se estructura prescindiendo de las causas que motivan el quiebre de la convivencia y vinculándolo a cuestiones de tipo familiar o económica de uno de los ex convivientes, generándose así un efecto de solidaridad post convivencial. Este consiste en la espera que deberá de sufrir el ex conviviente en mejores condiciones económicas o sin cargas familiares, hasta tanto se reacomode su ex pareja convivencial.

*“ARTICULO 527. **Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.** El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de DOS (2) años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.*

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta”.

En iguales términos de los señalados en el art. 526, se genera una solidaridad ex convivencial de alto impacto, que se traslada a los herederos del causante. No hay una medida de igual resguardo respecto de los acreedores ni condóminos del causante respecto del convivente. El conviviente supérstite, deberá de recurrir a otras medidas protectivas a fin de asegurarse la casa habitación, consensuada con el titular (bien de familia).

*“ARTICULO 528. **Distribución de los bienes.** A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”.*

Contemplados en los pactos de convivencia, se distribuyen los bienes adquiridos durante la convivencia. A falta de acuerdo, cada uno capitaliza los adquiridos a su nombre. Con lógica

social, se prevé la utilización de figuras que pueden remediar las mermas económicas sufridas por un conviviente en perjuicio del otro, recurriendo a las históricas figuras de enriquecimiento sin causa, interposición de personas entre otras. La mención de estas figuras como útiles para equilibrar el factor más débil de la unión, hace pensar en la consiguiente flexibilización del sistema probatorio. Sistema idéntico sería deseable (e inexplicablemente omitido) en el régimen patrimonial matrimonial.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Comienza la reunión tomando la palabra la Dra. Wallace. Hace una introducción del método expositivo y del trabajo previo (ver “*Fundamentos*”). Lee el art. 509 y el comentario.

Dra. Wallace: resalto que dice Institución.

Dr. Fanzolato: si, hay vínculo jurídico. Es una institución similar al matrimonio, con distinta explicitación, pero actualmente no es más que una convivencia juridizada, por lo tanto le quita la naturaleza jurídica: deja de ser unión de hecho.

Dra. Solavagione: (*cita un artículo del Diario La Nación*) leo lo que decía **Lorenzetti**: “como puede apreciarse, se trata de un remedo de la institución matrimonial, que al decir de uno de los redactores de la propuesta, sigue al modelo de matrimonio igualitario, pero un escalón más abajo. Pero es aun más riguroso: se le da singularidad, se le da publicidad, estabilidad, por ej. Tiene más requisitos que el matrimonio.

Dra. Wallace: sigo leyendo: calificada por el afecto y la singularidad, a más de la publicidad y estabilidad, esta vinculación de hecho, históricamente ignorada en la regulación de sus efectos familiares, ha sido justamente jerarquizada en cuanto los efectos, personales y patrimoniales, entres los convivientes. En realidad en el derecho vigente es una vinculación de hecho, porque el proyecto al juridizarla, le saca lo de hecho. Hay que cambiar entonces “juridizada”, en lugar “de hecho”. Y poner “presupuestos”. También “inexplicablemente ausente”. Sigo leyendo: las características de pública, notoria, estable y permanente, hacen a la coherencia de un sistema que pretende otorgar efectos jurídicos a relaciones compatibles con un proyecto común sostenido abiertamente en el tiempo. Excluye, por lo tanto, las convivencias intermitentes, solapadas, de más de dos miembro, o con fines diferentes a los de dar satisfacción al afecto recíproco y proyecto en común. Además hay que reemplazar “propone otorgar” por otorga efectos jurídicos. Y tener en cuenta que se evita la utilización de la figura para todo lo que no sea alcanzar el afecto recíproco y el proyecto común.

Dr. Fanzolato: pero entonces qué son las relaciones afectivas?

Dra. Villagra: porque la amistad también puede tener un proyecto común, pero no es matrimonio.

Dr. Fanzolato: el problema es que el proyecto solo dice relaciones afectivas. Excede el “concúbito”, las uniones sexuadas.

Dra. Solavagione: **habría que ver cuál es el alcance que el proyecto le asigna a las relaciones afectivas.**

Dr. Fanzolato: la palabra afectiva es lo que confunde, permite cualquier interpretación.

Dra. Solavagione: pero no estaría implícito al decir “carácter singular”? Si no hay exclusividad sexual, para que se pone la palabra singular?

Dr. Fanzolato: si, pero con un amigo puedo tener esa relación y no ser unión convivencial.

Dra. Villagra: la relación afectiva singularizada tiene que ser única. Se puede tener muchos amigos, pero esta relación afectiva singularizada, es exclusiva. La reciprocidad en el trato hace que yo tenga con esa persona ciertas características que la singularizan respecto de otros tipos de relaciones que tengo con otras personas. Eso es lo que la distingue. Se quiere de una manera especial.

Dra. Solavagione: igualmente habría que aclarar el alcance.

Dr. Fanzolato: puede ser un montón de cosas. Ese alcance no es único. Puede haber un pacto de solidaridad. Está o no incluido?

Dra. Wallace: sigue leyendo: esto último tiene su trascendencia jurídica, en razón que podría habilitar a la indagación de los fines de la unión al momento que se pretenda reclamar sus efectos, lo cual no concurre respecto de las uniones matrimoniales conforme se proyecta.

Dra. Villagra: está obligado a convivir? Porque no lo dice.

Dra. Wallace: si. Para separarse es necesaria la convivencia previa. Continuo: Si la unión está inscripta, no podría oponerse la falta de publicidad, afecto recíproco o proyectos comunes, todo lo cual queda suplido por la formalidad de la inscripción. El tema es así: si vos tenés una unión convivencial sin inscripción, se sostiene por este proyecto, y si es necesario se puede indagar si existe una unión convivencial real, a la ANSES, a la AFIP, etc. Pero, en cambio, al estar inscripta ya tiene efecto.

Dra. Villagra: se le otorgaría un estado de familia?

Dra. Wallace: si, desde la inscripción si.

Dra. Villagra: sería otro estado de familia: un conviviente inscripto y otro no?

Dra. Solavagione: leí algo similar a esto en la revista de Familia de Solari (*lee parte del artículo*): al legislarse, el proyecto confunde dos fenómenos sociales distintos: las uniones que se

registran con las uniones de hecho. En efecto, el proyecto, bajo el tratamiento de uniones convivenciales, **comprende tanto las uniones que se han registrado como aquellas que de hecho conviven**. Debemos advertir que una cosa es la registración, en cuyo caso podría idearse una figura especial como la *unión civil*, y otra cosa, en tanto fenómeno social, es aquella en la cual las parejas que de hecho conviven sin una registración al respecto. Destaco que se sugiere como Unión Civil lo más adecuado.

Dra. Villagra: si se distingue entre uniones de hecho, inscriptas o no, hay que distinguir la voluntad común. Yo apuntaba a esto: en el proyecto, según lo que yo recuerdo, la inscripción puede ser unilateral, y es ahí donde viene el problema

Dr. Fanzolato: esa unión existe. Y eso determina que acá existan dos estados de familias: uno, el de la unión convivencial inscripta, y el otro, el de la mera unión convivencial que puede o no reunir los requisitos vinculados con el ligamen; que normalmente es lo que sucede. Y tendrá efectos jurídicos esas meras uniones de hecho.

Dra. Villagra: entonces la registración tendría que ser **constitutiva**, no declarativa como dice el proyecto.

Dra. Solavagione: esta confuso porque esto es una unión registrada.

Dra. Villagra: es que es un estado de familia nuevo

Dra. Solavagione: me queda la duda del “concúbito”. Podría ser tranquilamente un pacto de solidaridad. Se podría haber puesto mejor si se quiso incluir. No está bien claro, puede ser reunión de amigos.

Dra. Villagra: al no definir bien una institución, no sabemos si las reglas y principios que estás estableciendo como normas se ajustan a los fines de esa institución. Si a un hecho lo institucionalizás, le das un objetivo social, una finalidad y por ende le estás dando las normas que son las herramientas para cumplir lo que vos pretendés que esa institución haga. Si no está claro de lo que hablamos, no está claro si lo que estamos estableciendo en definitiva termina boicoteando lo que querés regular. Para que lo regularíamos si quizás no sirve?

Dra. Wallace: lo que merece protección es justamente la unión de hecho, no la registrada.

Dr. Fanzolato: esta dicotomía de las uniones convivenciales juridizadas y las meras uniones de hecho existen en todas partes. En Brasil por ejemplo, dicen que una cosa es el concubinato, y otra la mera unión de hecho, que puede ser polígama, pluralista o lo que fuera.

Dra. Villagra: si se quiere la protección, habrá que irse a registrar.

Dra. Wallace: pero el problema que para este tipo de relaciones informales, ni se les cruza el tema de la registración. Este tipo de uniones necesita la informalidad.

Dra. Villagra: pero si pretendés vivir en un estado de derecho, tenés que tener en cuenta también las reglas del juego. Protejo al que desea convivir, asistirse recíprocamente y registrarse.

Dr. Fanzolato: es lo que pasa con el bien de familia actualmente.

Dra. Villagra: exacto. Si la ley quisiera que toda unidad habitacional reciba la protección, aun en caso de solteros, así lo diría. La ley elige eso. No digo que esté bien ni mal. En este caso, se concentra en la familia convivencial, entonces regístranse.

Dr. Fanzolato: donde estaba lo de la vivienda familiar? Más adelante lo permite.

Dra. Villagra: sí, en el 456 o 457. Esto reemplaza al bien de familia.

Dr. Fanzolato: si, es una idea de la Dra. Kemelmajer, incluir el bien de familia dentro del C.C.

Dra. Villagra: no lo vimos bien, dice proteger pero en realidad se desprotege. Al obligar que tienen que firmar los dos, es una desprotección. Es la consecuencia de sacar el bien de familia como un régimen específico. En el régimen actual si se desafecta, lo anterior queda incluido. Si no estás en las excepciones, no queda otra que prestar la conformidad del cónyuge. Hay que ver la 14.394, el art. 37. Yo ordeno la desafectación para un crédito en particular. En cambio en esto se permite desafectar para uno.

Dr. Fanzolato: inclusive la Dra. Kemelmajer dio una conferencia sobre cómo hacer en caso de quiebra.

Dra. Villagra: entonces cual sería la idea de tener separación de bienes, si para cosas trascendentes vamos a tener que firmar los dos? Esto no me gusta.

Dr. Fanzolato: hay que tener en cuenta que en **la unión de hecho se tiene efectos retroactivos, a diferencia del matrimonio**. Surgen las preguntas sobre hasta donde es retroactivo, Hay que ver que dicen en Paraguay sobre concubinato.

Dra. Wallace: sigo leyendo (*lee el art. 510*). Los requisitos propuestos, a los fines de hacer surgir efectos a las uniones convivenciales, indicaría exigencias paralelas a las que tradicionalmente se consideran de validez, llama a confusión el inc. e que lo sería de existencia.

Dra. Villagra: es decir, registrarás hoy lo que viviste hace dos años? Digo, se registran, no se mantiene la convivencia por los dos años que dice la ley, entonces qué es?

Dr. Fanzolato: yo diría que es como una condición resolutoria. La condición es que no convivan.

Dra. Villagra: y como hacemos con los efectos anteriores?

Dr. Fanzolato: me iría al régimen general.

Dra. Wallace: si ya tiene convivencia previa tiene efecto retroactivo, pero siempre condicionado a convivir los dos años.

Dra. Villagra: entonces debería ser que acrediten la convivencia previa. La voluntad es reconocerlo previamente?

Dra. Solavagione: pero si una pareja no quiere registrarse, se le aplican las mismas consecuencias?

Dra. Villagra: puede haber gente que puede no querer poner pública una relación.

Dr. Fanzolato: se dice que las uniones convivenciales es más fácil que disolver un matrimonio, pero no es así.

Dra. Solavagione: me parece que se obliga a la gente entrar en la ley cuando no quieren.

Dra. Villagra: la gente está en la ley, porque se puede hacer todo lo que se permite menos lo que se prohíbe. Pero pasa que la gente quiere estar con la ley cuando necesita un beneficio.

Dra. Wallace: se puede hacer al revés: inscribirse a no tener efectos.

Dra. Solavagione: atentaría contra el orden público, sería algo nulo.

Dra. Wallace: yo veo a diario que las personas que tienen uniones de hecho creen que tienen los mismos efectos. Entonces por qué no hacer al revés? Los que no quieren tener que se inscriban para no tener efectos.

Dra. Villagra: pero vos ves un aprovechamiento de alguien, de un concubino sobre otro. Pero por qué se acepto eso?

Dra. Solavagione: me parece que es obligar a la gente. Es como tratar de cubrir con el manto de lo legal a gente que quiere estar al margen de ella.

Dr. Fanzolato: es muy importante tener en cuenta el régimen patrimonial primario para las uniones de hecho juridizadas. Aquí es donde divergen todos. Está el tema de la solidaridad. En Paraguay es los dos o nada, lo mismo en Uruguay.

Dra. Villagra: pero ellos tienen la separación de bienes hace mucho.

Dr. Fanzolato: si, pero no tienen esa separación. El tema es la sucesión, porque cuando se muere no les queda nada. No hay liquidación de sociedad conyugal porque no existe.

Dra. Solavagione: me cuesta aceptar eso.

Dra. Villagra: pasa que la posición del cónyuge es propia de la Colonia, es una cuestión cultural, propia de nuestra idiosincrasia. Pienso que por qué algo tan justo, que es reconocer que la riqueza una cuestión de ambos, que se fue construyendo con el esfuerzo de los dos ...

Dr. Fanzolato: pero es propio del derecho islámico: tener una dote, porque cuando se repudia a la mujer, se lleva la dote. Pero hay que buscar los fundamentos, no tratarlo livianamente.

Dra. Villagra: y tenemos mucha influencia árabe, más de lo que imaginamos. Sigamos: entonces si bien uno tiene derecho a inscribirse al comenzar la unión, también puede inscribirse luego. Lo razonable es hacerlo retroactivo a dos años desde la inscripción.

Dra. Solavagione: a mi me resulta muy difícil entenderlo. El tema de la registraci3n es lo que m1s me cuesta entender y aceptar.

Dra. Wallace: sigo: La edad m1nima de dieciocho a1os, no concurrencia de impedimentos de parentesco, la habilidad nupcial en abstracto con m1s estabilidad por dos a1os, son suficientes a los fines de otorgar los efectos previstos para la figura.

Dra. Villagra: es decir, no rige para la menor edad. Entonces ser1a un acto jur1dico que se necesita capacidad plena.

Dra. Wallace: si, entonces no ser1a retroactivo a la menor edad de las partes. Adem1s, no regula a las personas con capacidad distinta.

Dr. Fanzolato: y tampoco se tiene en cuenta la capacidad progresiva.

Dra. Villagra: directamente no pueden los menores. Si fuera retroactivo entonces, no podr1a ser m1s all1 de los 18 a1os.

Dra. Solavagione: en que parte se habla de los efectos retroactivos?

Dra. Wallace: ya va a venir eso. Sigo: La imposibilidad de exigir los efectos de las uniones convivenciales en raz3n del "ligamen" se produce por la existencia de matrimonio y/o uni3n convivencial registrada simult1neamente.

Dra. Villagra: habr1a que ver la buena fe, yo pensaba en la bigamia. Se puede calificar la conducta de los contrayentes, hay espacio para la buena fe, lo cual en definitiva es espacio para la humanidad. Ac1 no: no hay protecci3n a la buena fe. No se da espacio para decir que se puede hacer una uni3n convivencial putativa.

Dra. Wallace: sigamos avanzando: esto genera situaciones altamente complejas respecto de los convivientes cuyas uniones est1n sin registrar. Debe de preverse los efectos de la buena o mala fe de los convivientes con uniones matrimoniales o convivenciales registradas, como de aquellos que estando unidos sin registraci3n alguna, generan expectativas econ3micas, a la postre irrealizables.

Dr. Fanzolato: pero eso es una propuesta, no lo que dice el proyecto.

Dra. Wallace: entonces deber1amos decir: **se propone regular los efectos de la buena o mala fe de los convivientes con uniones convivenciales, registradas o no, al igual que las uniones matrimoniales, extendiendo tales efectos a los unidos sin registraci3n alguna, que generan expectativas econ3micas a la postre irrealizables.**

Dra. Villagra: s1, porque en los matrimonios est1 contemplada la buena fe.

Dra. Wallace: tambi3n el tema del enriquecimiento. Es otra carga m1s para los jueces. Los que van a definir son los jueces.

Dr. Fanzolato: entonces habr1a que poner el doble de jueces.

Dra. Villagra: si no, otro lectura de la función del abogado, del ideal del abogado. Pero qué cliente quiere que el abogado le diga que estuvo mal? En realidad el injusto es el cliente, no el juez ni el abogado.

Dra. Wallace: continúo: por su propia naturaleza informal, no se considera la falta de razón suficiente al momento de iniciar la convivencia, lo cual puede generar situaciones altamente complejas que la judicatura deberá resolver recurriendo a principios generales y criterios personales, al momento de reclamos patrimoniales (por ejemplo), con lo constructivo y riesgoso que tal delegación implica. Distinto sería el supuesto de las uniones convivenciales registradas, dónde se podría atacar el acto jurídico por la no concurrencia de voluntad plena. Hay que ver la capacidad en dos situaciones: cuando se inicia el hecho convivencial...

Dra. Villagra: pero muchos inician convivencia para probar, sin registrar nada. Digamos la voluntad constitutiva inicial. Pero la inscripción posterior no necesariamente coincide con la voluntad.

Dr. Fanzolato: eso habrá que demostrarlo. Dice convivencia no menor a dos años, pero que pasa si digo que antes estuve probando? Si lo puedo disolver en cualquier momento, no lo inscribo. No hay voluntad si no me adecuo a la realidad: si esa persona dice que no hubo convivencia, no hay voluntad.

Dra. Wallace: y si se genera riqueza en ese tiempo?

Dr. Fanzolato: sería enriquecimiento sin causa.

Dra. Villagra: entonces volvemos a foja cero.

Dra. Solavagione: yo tengo una mirada positiva, esperanzadora. Si me solucionan el problema de la registración, y la forma de probar la convivencia pública, notoria, etc., me parece bien, estoy de acuerdo.

Dr. Fanzolato: a mi también.

Dra. Solavagione: es algo más liviano que un matrimonio, por eso debería ser menos formal. Lorenzetti dice que está un escalón abajo, creo que así debería ser.

Dra. Villagra: si, es verdad que se da respuesta a un núcleo social que no eligió el matrimonio. Pero pasa que también se regula en forma poco clara, entonces no se defiende bien a esa gente. No pasa si uno está o no a favor de regular la situación, sino que la regulación quede bien.

Dra. Solavagione: como dice Solari, la técnica legislativa es pésima, pero se puede pulir. Ahí está la importancia de señalar nuestros aportes. Pero no me parece provechoso eliminar la institución.

Dr. Fanzolato: al contrario, esto hacía falta. Además hay que tener en cuenta las distinciones, lo mismo que antes era la discusión entre el matrimonio religioso y el civil, son dos instituciones distintas.

Dra. Wallace: sigo (*lee el art. 511*).

Dra. Villagra: pero para eso hay que tener una comunicación entre Registros, que en la actualidad no hay.

Dra. Wallace: La informalidad de la figura es connatural a ella, organizando un sistema registral al sólo efecto probatorio. Obviamente que no se puede pretender la registración de pactos sin la previa de la unión convivencial. De ello que las convivencias sin pactos económicos pueda obtener efectos por la pública convivencia sin otro requisito.

Dra. Villagra: pero se puede pactar para que se registre.

Dra. Wallace: a ver, los pactos de convivencia son aquellos donde se acuerdan las cuestiones convivenciales entre los convivientes; no se puede registrar el pacto de convivencia sin previamente registrar la unión convivencial.

Dra. Villagra: te pregunto: un pacto sin la registración de convivencia, pero si estuviese homologado por un Juez de Familia, no sirve?

Dr. Fanzolato: sí, es un pacto libre. Pero no vinculado con la unión convivencial. Lo que está prohibido son los regímenes patrimoniales electivos. No se puede arreglar nada que no se someta a la sociedad conyugal o a la separación de bienes. Igual pienso que se pueden hacer otras cosas como está redactado, pero no quiero complicarles la vida.

Dra. Villagra: pienso eso por las facultades del Juez de Familia, en relación a la homologación, según la ley 7676. Veo también lo del orden público: aunque venga alguien con un pacto notoriamente desigual, yo como juez no puedo decir nada. Porque no estaría el orden público que me permite cambiar eso.

Dr. Fanzolato: es que si se hace un pacto en contra de eso, se viola el orden público, por ejemplo la igualdad de los cónyuges....el régimen patrimonial primario está justamente para eso.

Dra. Villagra: y si no está inscripta, lo aplico lo mismo?

Dr. Fanzolato: no. Y esto es uno de los motivos por los que no se quiere registrar, no someterse a reglas.

Dra. Wallace: claro, porque la unión de hecho sin registrar no hace falta ser único.

Dra. Villagra: entonces las uniones de hecho no registradas no están sujetas al régimen patrimonial primario.

Dra. Wallace: (*lee el 512*). Como lo habíamos manifestado en el art. 510, la registración genera efectos dispares. En un sentido permite indagar la capacidad de quien realiza el acto registral y

habilita a solicitar su nulidad. En otro sentido imposibilita la indagación respecto a la existencia o no de afecto y proyecto de vida en común entre los convivientes.

Dra. Villagra: entonces en la unión de hecho no registrada, me la pueden probar y aplicar el régimen patrimonial primario?

Dra. Wallace: no, ya vamos a ver eso. (*lee el 513*).

Dra. Villagra: (*lee el 519, 521 y 522*).

Dr. Fanzolato: es el régimen patrimonial primario.

Dra. Wallace: pero el 520 no está incluido. Leo el 461 que es la manutención del hogar, educación de los hijos, etc.

Dra. Villagra: entonces no está bien que en las uniones de hecho no rige el régimen patrimonial primario. En realidad, según el 513, tengo que decir que no.

Dra. Wallace: no, se aplica lo mismo. Lo que no tiene es la protección del 522.

Dra. Villagra: entonces, el régimen patrimonial primario se aplica lo mismo. Va a haber uniones de hecho, los que quieren sustraerse de ese régimen, que es el pacto en contrario, y los registrados.

Dra. Wallace: no. La protección del 519 y la inclusión del 522, puede ser contradictoria. Lo digo después. Continuo: No existen pactos tácitos o informales en el ámbito de las uniones convivenciales que se pretenda oponer a tercero. Esto como consecuencia lógica de la seguridad del tráfico jurídico respecto de terceros contratantes con un conviviente.

Entre los convivientes, la registración es a los fines probatorios, igual que la unión en si. Ello conforme art. 511. Con una técnica poco prolija, se distribuyen en tres artículos, la materia disponible, la posible y la excluida de negociación. Así en el art. 513, se excluye de negociación el régimen patrimonial primario (art. 519, 521 y 522). Artículo seguido, 514, se da una casuística poco útil sobre la posible materia de disposición, para retomar los excluidos de negociación en el art. 515. (*Lee el art. 514*): me parece ridículo un artículo ejemplificativo.

Dra. Villagra: pero para qué quiero hacer un pacto sobre lo que igual estoy obligado?

Dra. Wallace: puede ser pacto sobre los alcances de lo que me obligo. Sigo (*lee el art. 515*).

Dra. Villagra: pero fíjense en el inc. c) del 514. **Cuándo es esfuerzo común?** Se supone que hay un principio de libertad; no está el principio de contratar entre cónyuges, por que no son cónyuges. Entonces podemos arreglar como nos parezca, pero supuestamente es indisponible la manutención del hogar, la educación de los hijos, etc. Ahí puede haber transferencia de bienes entre ellos. Por eso no se entiende bien lo del esfuerzo común.

Dr. Fanzolato: en estas uniones las partes pueden elegir cuál puede ser el régimen. Indirectamente se elige el régimen de la ganancialidad. Deberíamos tener menos posibilidad de pensar en las posibilidades.

Dra. Solavagione: el esfuerzo común lo pensé como la ganancialidad.

Dra. Villagra: como conclusión entonces, podemos poner que en principio se trata de los bienes que en un régimen matrimonial se consideran gananciales.

Dra. Solavagione: para Solari el Orden Público no rige para las uniones convivenciales.

Dr. Fanzolato: se ha cambiado el sentido de Orden Público, pero fíjense que la autonomía de la voluntad es de orden público, pero acá se pone límites.

Dra. Wallace: sigo con el art. 515 (*lee*). Esta modalidad de implementar límites, que se debe complementar con el art. 513, no deja de sorprender en razón que genera un ámbito de autonomía de la voluntad a los fines de organizar el estatuto personal de los convivientes, no prevista para los cónyuges. Así, respetando el bloque duro de los derechos constitucionales, como el de dignidad, integridad, etc. los convivientes podrían organizar sus responsabilidades personales durante la convivencia “a la carta”. Igual suerte corre el régimen de bienes que se propongan de común, dejando a salvo el régimen primario (art. 519, 521 y 522) de naturaleza indisponible. Como no se registra una restricción a la organización de los efectos personales entre convivientes, sumado a la no contemplación de uniones convivenciales sin registro como razón de impedimento de efectos convivenciales (art. 510, d), nos preguntamos si se podría consensuar un régimen personal de coexistencia de uniones sin registros, cuyos efectos patrimoniales se proyecten en todos ellos (no así con respecto a terceros por la no registración). Deberíamos cambiar “imposibilidad”, en lugar de “impedimentos”. O ver cual es la palabra apropiada.

Dr. Fanzolato: es así porque no está registrado.

Dra. Wallace: sigo: En materia de Derecho de Familia, invocar el límite del orden público en un período de transición de paradigmas tan marcado por las rupturas, parecería un contrasentido. Es clara la intención de proyectar en la judicatura, la responsabilidad de perfilar el nuevo orden público familiar que dará, entre otras aplicaciones, los límites a la autonomía de la libertad. Más llamativo se nos presenta teniendo en cuenta que el norte en todo el sistema de familia proyectado es el de potenciar la autonomía de los miembros de la familia, matrimonio y/o unión convivencial. ¿Será acaso el temor a una exagerada vocación reglamentista de los convivientes? La palabra debe ser **reglamentarista**.

Se retira el Dr. Fanzolato.

Dra. Wallace: (lee el art. 516). Como consecuencia necesaria de la autonomía de la voluntad, entre los convivientes, pueden modificar los pactos en todo momento, sin necesidad de lapso e vigencia alguna. Asimismo los pactos son intrínsecamente inestables porque pueden ser rescindidos unilateralmente con la unión convivencial (523, inc. f). El estatuto de los convivientes no puede proyectarse más allá que la vigencia de la convivencia, salvo cuando el mismo regula, justamente, los efectos personales y/o patrimoniales pos convivencia (ejemplo: 514, incs. b) y c). Sigo (*lee el art. 517*).

Dra. Villagra: por qué no se aplica la oponibilidad registral y listo?

Dra. Wallace: acá dice que tiene que estar inscripto en el registro del pacto, y en el registro respectivo del bien. Continúo: Con toda lógica, los efectos de los pactos respecto de terceros están vinculados a un triple sistema de registración: la correspondiente a la de los pactos de convivencia, la correspondiente al de los bienes registrables que afecta y la de la registración de la ruptura de la unión que se registra en el mismo registro de su inscripción.

Esto genera un estatuto diferenciado para las uniones registradas y sin registración, las cuales no podrán hacer oponibles a terceros los estatutos vigentes entre convivientes. (*Lee el art. 518*). De los efectos de las uniones convivenciales, el primero regulado es el patrimonial.

Como se verá art. seguidos (519, 521 y 522), las uniones convivenciales tiene un régimen patrimonial primario, imperativo e inamovible.

Salvando este régimen que es de orden público, los convivientes pueden pactar el régimen de bienes que consideren adecuado a sus necesidades, realidades y expectativas, respetando los derechos fundamentales y la igualdad de ambos.

A falta de estipulación en contrario, conservan la libre administración, disposición y responsabilidad de sus bienes y deudas. Sistema conocido como de separación de bienes en la doctrina de los regímenes patrimoniales matrimoniales. Es decir, que el régimen de base es la separación de bienes, que vendría ser el optativo para el matrimonial. Sigo con el art. 519 (*lee*). Coherente con el art. 513, que perfila la unión convivencial signándola con el afecto, el deber de asistencia puede ser interpretado como asistencia moral y no sólo material. Se acuerdan cuando nosotros veíamos el matrimonio, como no se decía nada de los afectos, era nada más que material. Así los convivientes se deben recíprocamente gestos proactivos al bienestar y promoción del otro.

El incumplimiento de este deber de asistencia no registra una consecuencia en el estatuto convivencial. Cada conviviente está habilitado a cesar unilateral e incausadamente la vida común. Supuesto diferente si el pacto de convivencia organiza otro desenlace a este incumplimiento. Porque no hay una prohibición, no es como en los cónyuges. Es decir, **hay un**

estatuto más reforzado en los convivientes. Sigo: nos preguntamos si los convivientes podrían eximirse en el pacto de convivencia de las responsabilidades por daños causados por falta de asistencia durante la comunión de vida. Ello podría ser considerado una disposición en contra de los derechos fundamentales, ya que afecta el derecho de toda persona a ser respetado en su integridad personal. Vamos al art. 520 (*lee*). Este artículo, que regula las contribuciones al hogar, forma parte del régimen patrimonial primario y es de orden público. Pese a lo dispuesto en el art. 514, la lectura armónica de los art. 514, 520 y 455 no da lugar a dudas. Ambos convivientes deben de contribuir al sostenimiento del hogar. No hablamos de cargas alimentarias entre convivientes, prestación de naturaleza muy distinta. La exención de esta responsabilidad, invadiría el principio de igualdad entre los convivientes, que debe de sostener todo pacto de convivencia conforme art. 515.

Dra. Villagra: mientras convivan, porque si no, no tendrían ninguna obligación de asistencia recíproca. Hay alimentos post convivenciales?

Dra. Wallace: si, está previsto. O lo fija el juez o se acuerda. Existe una posibilidad de establecer un sistema alimentario que no puede ser más de dos años, que lo fija el juez.

Dra. Villagra: y no se podría acordar, por ejemplo, no te paso nada?

Dra. Wallace: no, porque las prestaciones alimentarias no pueden ser renunciadas anticipadamente. Sigo con el 521 (*lee*). Se impone legalmente la solidaridad entre los convivientes respecto de las deudas contraídas por uno de ellos a fin de solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

Eso se proyecta en dos sentidos. Por un lado una mayor garantía para los terceros contratantes, En una segunda lectura, se impone un deber/derecho de interés en la gestión patrimonial del conviviente, derivada del proyecto de vida en común, un deber de comunicación como parte de un estatuto personal implícito. Sigo con el art. 522 (*lee el artículo*). La atinada protección de la vivienda de los convivientes, es una medida acorde a los principios constitucionales y la más arraigada doctrina nacional, que eleva esta medida a una política de estado. Hubiera sido deseable, la extensión de la protección a las uniones aún no inscriptas, por los intereses superiores que protege. Deberíamos agregar “en los supuestos entre convivientes”. Pero cual es el punto: se puede decir que se afecta o no a terceros, la buena fe como opera respecto del tráfico jurídico, pero que al menos no sea oponible al conviviente.

Dra. Villagra: es lo que buscaba, si el matrimonio es nulidad o inoponibilidad. (*Lee el art. 522*).

Dra. Wallace: yo propongo entonces lo siguiente: **se propone la extensión de la protección a las uniones no inscriptas**, por los intereses superiores que protege en los supuestos de efectos entre convivientes con alcance de **inoponibilidad**. Están de acuerdo?

Dra. Villagra: por qué se extendería la protección a alguien que no se inscribió?

Dra. Wallace: porque es la vivienda, es una protección por el interés que supone.

Dra. Solavagione: (*lee opinión de Solari, en la revista de Derecho de Familia*). Estamos recorriendo un largo e infructuoso camino de probar una sociedad de hecho... No se da solución.

Dra. Villagra: acá se habla de nulidad, no de inoponibilidad. Acá es devolver el bien.

Dra. Wallace: entonces no sirve la extensión de la protección si no está inscripto.

Dra. Villagra: y si es nulidad hay que volver las cosas como antes, tendré que devolver al tercero lo que me dio, es impracticable.

Dra. Wallace: el problema son los no inscriptos. El problema se plantea en los que creen de buena fe que tienen los mismos derechos que el resto.

Dra. Villagra: podríamos poner: **queda sin resolver en el proyecto la necesidad familiar de protección de la vivienda que contemple aquellas uniones convivenciales no inscriptas. Estimamos que la remisión a los principios generales de derecho, tales como enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, etc., es insuficiente a los fines de la protección del grupo familiar.**

Dra. Wallace: vamos al 523 (*lee*). Las causas del cese de la unión convivencial son comunes a la de los efectos, por lo cual, tanto las inscriptas como las no inscriptas, cesan por idénticas causas. Se encuentra una contradicción del inc. c) del art. 523 con el inc. d) del art. 510. No se puede constituir una unión convivencial vigente otra inscripta, no obstante ello, la inscripción de la posterior, disuelve la anterior.

Dra. Villagra: eso da la pauta que no va a haber un régimen de registración pública.

Dra. Solavagione: tácitamente se disuelve la anterior.

Dra. Villagra: el primero es un hecho con consecuencias jurídicas pero no debería ser un estatus de familia.

Dra. Wallace: vamos con el art. 524 (*lee*).

Dra. Villagra: desde cuando sería la compensación?

Dra. Wallace: no está especificado.

Dra. Solavagione: **sería necesaria una mayor precisión sobre el tiempo de la duración de la unión convivencial a tenerse en cuenta para fijar esta prestación.** El problema es el tema de la retroactividad. Seguimos suponiendo eso, pero no está claro.

Dra. Villagra: se puede inferir porque dice que es *ad probationem*.

Dra. Solavagione: pero seguimos en el campo de las conjeturas.

Dra. Wallace: sigo con el art. 525 (*lee*). Es altamente positiva la utilización de estos parámetros a los fines de la determinación de una prestación compensatoria entre convivientes. Máxime

contemplando lo indicado en el inc. e) que es, por lo general, la mayor causa del empobrecimiento de un miembro de la pareja en beneficio del otro. Sigo con el art. 526 (*lee*).

Dra. Villagra: quién tendrá que pagar? Si no vive más? Se hace cargo de un contrato de locación. Es solidaria?

Dra. Wallace: no, es solidaridad post convivencial. Es atribución del hogar. Sigo: La regulación de la atribución de la casa que fuera sede del hogar convivencial, se estructura prescindiendo de las causas que motivan el quiebre de la convivencia y vinculándolo a cuestiones de tipo familiar o económica de uno de los ex convivientes, generándose así un efecto de solidaridad post convivencial. Este consiste en la espera que deberá de sufrir el ex conviviente en mejores condiciones económicas o sin cargas familiares, hasta tanto se reacomode su ex pareja convivencial. Vamos con el 527 (*lee el art.*).

Dra. Villagra: cuando tenés descendientes de una unión anterior, que no tienen obligación alimentaria con el nuevo conviviente, se muere y nace la indivisión hereditaria y nace un condominio actual para los nuevos herederos con posesión de la herencia de pleno derecho; entonces no lo cubre nunca? La transmisión es instantánea. Entonces, se muere el causante, pasa a los herederos, esos herederos tendrán que soportar el derecho de administración y no recibir nada frente a este conviviente?

Dra. Wallace: si, que a la apertura de la sucesión no se encontrara en condominio con otras partes dice el artículo.

Dra. Villagra: me parece que contraría el interés familiar. Generalmente los que tienen que soportar el derecho real de habitación son los propios hijos del que está viviendo. Acá no tengo ningún parentesco con él, porque no es cónyuge, y lo mismo tengo que soportar.

Dra. Wallace: las uniones convivenciales generan vínculos, nos guste o no.

Dra. Villagra: pero no en todos los casos. Una cosa es tolerar a otro esposa de tu padre, pero acá? Hay que tolerar esos dos años?

Dra. Solavagione: entonces no podemos sostener el principio de la solidaridad.

Dra. Villagra: sería un efecto de solidaridad post mortem en función.

Dra. Wallace: sigo: En iguales términos de los señalados en el art. 526, se genera una solidaridad ex convivencial de alto impacto, que se traslada a los herederos del causante. No hay una medida de igual resguardo respecto de los acreedores ni condóminos del causante respecto del conviviente. El conviviente supérstite, deberá de recurrir a otras medidas protectivas a fin de asegurarse la casa habitación, consensuada con el titular (bien de familia).

Dra. Villagra: no es lo mismo ser viudo que ser conviviente. Está bien la protección en la mirada del conviviente, no se si está bien en la mirada de los otros.

Dra. Wallace: continuó con el art. 528 (*lee*). Contemplados en los pactos de convivencia, se distribuyen los bienes adquiridos durante la convivencia. A falta de acuerdo, cada uno capitaliza los adquiridos a su nombre. Con lógica social, se prevé la utilización de figuras que pueden remediar las mermas económicas sufridas por un conviviente en perjuicio del otro, recurriendo a las históricas figuras de enriquecimiento sin causa, interposición de personas entre otras. La mención de estas figuras como útiles para equilibrar el factor más débil de la unión, hace pensar en la consiguiente flexibilización del sistema probatorio. Sistema idéntico sería deseable (e inexplicablemente omitido) en el régimen patrimonial matrimonial.

CONCLUSIONES

- Es necesario determinar el alcance que el Proyecto le asigna a la expresión “relaciones afectivas” (art. 509).
- En los requisitos (art. 510), el efecto retroactivo no puede ir más allá de la mayoría de edad de las partes, ya que no está contemplada la posibilidad de unión convivencial para menores.
- Se propone regular los efectos de la buena o mala fe de los convivientes con uniones convivenciales, registradas o no, al igual que las uniones matrimoniales, extendiendo tales efectos a los unidos sin registración alguna, que generan expectativas económicas, a la postre irrealizables.
- Se advierte que las uniones de hecho no registradas no están sujetas al régimen patrimonial primario.
- Se debería especificar el alcance del inc. c) del art. 514: con “esfuerzo común”, en principio se trata de los bienes que en un régimen matrimonial se consideran gananciales.
- Queda sin resolver en el proyecto la necesidad familiar de protección de la vivienda que contemple aquellas uniones convivenciales no inscriptas. Estimamos que la remisión a los principios generales de derecho, tales como enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, etc., es insuficiente a los fines de la protección del grupo familiar.
- Sería necesario una mayor precisión sobre el tiempo de la duración de la unión convivencial a tenerse en cuenta para fijar esta prestación del art. 524.

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:45 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado; con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente,

en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el día martes 14 de Agosto a la misma hora.

ACTA NOVENA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los catorce (14) días del mes de Agosto del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática **de la Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal, Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Título V: “Filiación” del Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “Conclusiones”.

FILIACION

Trabajo elaborado por la Dra. Alicia García de Solavagione

DERECHO VIGENTE EN EL CODIGO CIVIL

La temática que abordaremos, es de las más trascendentes en el Derecho Positivo Familiar: el Estatuto Filiatorio. Efectuaremos una breve aproximación preliminar referida a los diversos estados de familia.

I - EL ESTADO DE LA PERSONA.

En general el “estado” de una persona física es la posición jurídica que ocupa dentro de la sociedad o de la familia, de la que se derivan importantes consecuencias legales. Para Antonio Cicu¹⁵⁹, esa posición no es de autonomía sino de subordinación a fines superiores, que determina una ligazón orgánica entre los sujetos, como ya lo vimos en reuniones anteriores.

El estado de familia se relaciona con los distintos vínculos familiares, pudiendo definirlo como la expresión que se emplea para precisar la situación jurídica que tiene una persona dentro de la familia. Usualmente se utiliza la expresión estado de familia (o estado civil) para referirse a

¹⁵⁹ Cicu, Antonio: “Derecho de las Sucesiones. Parte General”, traducción de José Manuel González Porra y notas de Manuel Albaladejo García, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, pág. 45.

la calidad que reviste la persona derivada del vínculo matrimonial: soltero, casado, viudo, etc., sin embargo, el estado de familia tiene una extensión mayor **ya que comprende la posición jurídica integral que ocupa una persona en el seno de la familia a la que pertenece, tanto con referencia al vínculo matrimonial, como a los vínculos paterno-filiales y parentales, en general.**

Por ello, Zannoni¹⁶⁰ define los estados de familia, expresando que son **“el conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como persona) ante el orden jurídico”.**

El insigne jurista cordobés José I. Cafferata¹⁶¹, a su vez declama que: “todo el asunto se relaciona con un encadenamiento de filiaciones”.

Eduardo Fanzolato¹⁶² expresa en relación al vínculo paterno-filial, que se puede distinguir entre “los estados primarios” de los secundarios, así dentro de la primera categoría se halla:

- Hijo.
- Padre.

Cada categoría admite a su vez las particularidades secundarias siguientes:

1. Hijo de padres desconocidos (de padre o madre o de padre y madre desconocidos). No tiene ascendientes ni colaterales o sólo los tiene por línea paterna o materna.
2. Hijo por naturaleza.
3. Hijo adoptivo pleno (subsisten los impedimentos matrimoniales, art. 323).
4. Hijo adoptivo simple.
5. Padres o madres por naturaleza.
6. Padres o madres adoptivos plenos.
7. Padres o madres adoptivos simples.
8. Padres privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio (arts. 307, 309, y 310 modificado por ley 26.061).
9. Padres privados de la administración y/o usufructo de los bienes de sus hijos menores (arts. 287, 288, 290, 293, 295, 301, 303 y 304).
10. Padres extramatrimoniales, indignos de suceder al hijo (art. 3292 bis).”

¹⁶⁰ **Zannoni, Eduardo Antonio:** “*Derecho de Familia*”. Tº I. Editorial Astrea, Bs. As., 1998, pág. 72.

¹⁶¹ **Cafferata José Ignacio:** “*La Filiación Natural*”. Imprenta de la Universidad. Córdoba, 1952, pág. 252 y ss.

¹⁶² **Fanzolato, Eduardo Ignacio:** “*Derecho de Familia*”. Tomo I. Ed. Advocatus. Córdoba, 2007, pág. 147.

Los estados de familia son, a pesar de que no se tolere en ámbitos políticos esa noción, de **Orden Público**.

II – CARACTERES DEL ESTADO DE FAMILIA

Tiene características necesarias de destacar, en forma meramente enunciativa, pues es la pauta de interpretación para luego tratar las acciones de estado de familia.

Dichos caracteres son:

1) **Universalidad:** Es decir, involucra todas las relaciones jurídico-familiares: matrimoniales, filiatorias, parentales, tutelares.

2) **Unidad.** Ello implica que un mismo sujeto no puede pertenecer a distintas clases de familia estructuradas en compartimientos estancos, incomunicadas entre sí. Este criterio se impuso en nuestro país con la ley 23.264 que derogó el viejo art. 365, según el cual: “Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos...”. El principio encuentra una excepción en la adopción simple, ya que la persona adoptada simplemente tiene DOS FAMILIAS (una biológica y otra adoptiva) relativamente aisladas entre sí.

3) **Indivisibilidad.** No se puede tener un estado de familia respecto de ciertas personas y pretender aducir uno diverso e incompatible con el anterior frente a terceros. Se es casado, padre primo, frente a todos. No es posible ser hijo para unos y no para todos. La regla admite **excepciones en el ámbito del derecho internacional privado** ya que determinados estados de familia no son reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos nacionales: por ej. la adopción no reconocida en países árabes genera la cuestión de las “adopciones claudicantes” (se es hijo adoptivo en algunos países y se desconoce esa calidad en otros). **El estado de cónyuge polígamo admitido en el Islam, no se registra en los países occidentales.**

4) **Reciprocidad o Correlatividad.** Así al estado de padre corresponde el de hijo; al de sobrino, el de tío, al de esposo el de esposa. No existe correlatividad en caso del soltero y viudo (por lo que para Belluscio: este principio sería un carácter de los vínculos que integran el estado de familia y no del estado en sí).

5) **Oponibilidad.** El estado es oponible erga omnes. Significa que la situación jurídica que constituye el estado puede hacerse valer frente a todos **activamente**, ejerciendo las facultades que surgen del mismo, o **pasivamente** cuando su titular lo invoca ante quienes pretenden desconocerlo. En otras palabras, cuando una persona tiene el estado de hijo, ese estado es oponible contra todos y puede alegarse contra su titular, lo cual no significa que no pueda ser impugnado por quien se considere con derecho y esté legitimado para hacerlo.

6) Estabilidad. No se lo puede modificar por la libre voluntad de los interesados sino a través de ciertos hechos jurídicos (nacimiento, muerte), celebración de los actos jurídicos familiares regulados (matrimonio, reconocimiento), o por sentencias recaídas en acciones de estado (de exclusión de la paternidad o maternidad, de adopción, de revocación de la adopción simple, de divorcio, etc.

7) Inherencia personal. El estado no integra el patrimonio de la persona, como tampoco lo integran el nombre, ni el domicilio, ni la capacidad de la persona. Todos son atributos inherentes a la persona de su titular, solo él puede ejercerlo.

8) Indisponibilidad. La ley no regula el estado de familia en miras al interés individual sino en base a **los intereses superiores de la organización socio-familiar**. De ahí su pertenencia a la esfera del Orden Público indisponible; consecuentemente, no puede ser objeto de renuncia, de prescripción, ni de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, transacción, embargo, ejecución, etc.

9) Irrenunciabilidad. El estado, en tanto atributo de la persona, es irrenunciable, al igual que los demás atributos de la persona, aunque no existe una regla general consagratoria de este carácter. Sin embargo existen normas que lo contemplan, como por ej. **el art. 251** en tanto estipula: “... **El derecho de reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita...**”. Existen dos excepciones a lo expuesto: a) Lo reglado en el artículo 335 del CC, es decir la renuncia a la filiación adoptiva simple, y b) La renuncia al estado de separado judicialmente que se opera mediante la Reconciliación después de una separación judicial (art. 234).

10) Intransmisible *inter vivos* y *mortis causa*. La intrasmisibilidad es un efecto necesario de la inherencia personal tanto del estado como de los derechos extrapatrimoniales que se derivan del estado de familia. Ello trae como consecuencia que el estado familiar: **1) No pueda ser enajenado (art. 953) ni cedido (art. 1.445); 2) No pueda ser objeto de transacción (arts. 844, 845 y 846 in fine) ni de renuncia (art. 872).** Este carácter tiene sus excepciones, a saber: a) Se puede transar sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona (art. 846, primera parte); b) Consentir a favor de la validez del matrimonio en los casos de nulidad relativa (art. 843); c) Para Mazzinghi¹⁶³: el allanamiento a una demanda relativa al estado de familia, o la rebeldía previamente acordada entre las partes, constituyen formas encubiertas de renuncia o de transacción. d) Revocación de la adopción simple por acuerdo de partes (art. 335, d) o la renuncia justificada a la misma por el adoptado después de llegar a la mayoría de edad

¹⁶³ **Mazzinghi, Jorge A.:** “*Tratado de Derecho de Familia*”. Tomo I. La Ley, Bs. As., 2006, pág. 38.

(art. 335 inc. c). e) Padres que manifiestan su conformidad para dar a su hijo menor en adopción (arts. 317 inc. a y 325 inc. e).

11) Imprescriptibilidad del estado de familia. Reiterando, el estado es materia de ORDEN PUBLICO, lo que determina su indisponibilidad. En consecuencia, es imprescriptible: no se ve afectado de ninguna manera por el correr del tiempo. El estado filial no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, son imprescriptibles porque la prescripción es una manera indirecta de renuncia.

III - TITULO DE ESTADO

Tiene una doble acepción el concepto del título de estado. En sentido material o sustancial es el **emplazamiento en un determinado estado de familia**; y en sentido formal, es el instrumento público o el conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado. Es resultado de las actas o documentos inscriptos en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

III) a. Respecto de la prueba de los estados de familia en materia filiatoria:

Existen dos posturas referidas a las formas probatorias:

Una, sostenida por el **Dr. Guillermo Borda**¹⁶⁴: con un criterio restringido, sigue en su razonamiento la tesis defendida en el derecho español por Albaladejo García y por Royo, **considerando que sólo constituyen Título de Estado en sentido formal, las partidas del Registro del Estado Civil.**

La otra, representada por el Dr. Augusto Belluscio¹⁶⁵: sostiene que también las **Sentencias Judiciales** son título de estado, que producen efecto *erga omnes* aún cuando no están inscriptas en el registro del Estado Civil. Lo mismo un reconocimiento efectuado en instrumento público.

A su vez, **Zannoni**¹⁶⁶ considera que el título requiere inscripción registral, previo control de legalidad. La inscripción de la sentencia en el Registro cumple, en estos casos, una función de publicidad del título en su aspecto formal. “Pero el título, como tal, existe constituido desde que la sentencia hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada. Porque la

¹⁶⁴ **Borda, Guillermo A.:** “*Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia I*”. Segunda Edición, Editorial Perrot, Bs. As. 1959, pág. 32.

¹⁶⁵ **Belluscio Augusto César:** “*Manual de derecho de familia*”. Tomo I, 7º, edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Bs. As. 2004, pág. 53.

¹⁶⁶ **Zannoni, Eduardo:** “*Derecho de familia*”. 3ª ed. actualizada. Astrea, Bs. As., 1998, tomo I, pág. 84. y en t. II, pág. 357.

sentencia es la causa o el título del emplazamiento del emplazamiento en el estado de familia”.

Nuestra Posición: En este tópico, coincidimos con la doctrina sustentada por Zannoni. Para determinar su valor probatorio, se deberá tener en cuenta el tipo de filiación de que se trate:

- a) Respecto de: La filiación matrimonial se acredita con las partidas de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo; o libreta de familia.
- b) Respecto de: La filiación extramatrimonial surge de la partida de nacimiento del hijo en la que conste la determinación de la madre y /o el reconocimiento por el padre; o, en su caso, la sentencia que declare la filiación *a patre* o *a matre*, seguida de la inscripción en el Registro.
- c) Adopción: El título de estado de la filiación adoptiva es la sentencia firme que constituye la adopción plena o simple. La inscripción en el Registro, cumple, en este supuesto, la función de publicidad del título en el aspecto formal.

IV - POSESIÓN DE ESTADO DE FAMILIA. CONCEPTO

Es el goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma, con prescindencia de que quien los ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él.

Tradicionalmente y en referencia al estado filial, se requerían tres elementos para considerar constituida la posesión de estado: *nomen* (uso del apellido del padre por el hijo); *tractatus* (trato público de hijo dado por el padre); y *fama* (reconocimiento general de ese trato en calidad de hijo). Actualmente no se exigen los tres elementos. Basta el trato público. Hay posesión de estado filial cuando padre e hijo se dan el tratamiento de tales y así son considerados en el medio.

- IV. a) **IMPORTANCIA JURIDICA DE ESTA SITUACION DE HECHO**

La trascendencia que se le asigna a ese goce de hecho público, pacífico y notorio es que la posesión de estado de hijo debidamente acreditada en juicio EQUIVALE AL RECONOCIMIENTO EXPRESO, MIENTRAS NO SEA DESVIRTUADO POR LA PRUEBA EN CONTRA DEL NEXO BIOLOGICO, tal como reza el artículo 256 del C.C. Recomendamos la lectura de la nota al derogado art. 325 de Vélez Sársfield, pues es de suma ilustración. Otro efecto legal derivado de la posesión de estado filial se presenta en el caso en que se pretenda adoptar un emancipado o una persona mayor de edad. En este supuesto, la adopción será factible,

previo consentimiento del adoptando, cuando exista POSESION DE ESTADO DE HIJO DURANTE LA MENOR EDAD (art. 311, inc. 2).

V - SITUACION EN EL DERECHO COMPARADO

- REGIMEN JURIDICO DE LAS FILIACIONES EN EL MUNDO

Los países occidentales han evolucionado en orden al régimen de la filiación reconociendo el principio **de la igualdad jurídica de todas las filiaciones**, cualquiera fuera su origen, matrimonial, extramatrimonial, adulterina, incestuosa, etcétera¹⁶⁷.

El derecho musulmán ignora la filiación natural respecto del padre. Sólo hay filiación natural materna (con efectos similares a la legítima) que impone a la madre el deber alimentario, pero no extiende sus efectos a los otros parientes de ella. Los derechos hereditarios entre el hijo reconocido y la madre sólo existen a falta de otros herederos legítimos.

El varón no puede reconocer como suyo a un niño nacido fuera del matrimonio y se prohíbe la investigación de la paternidad. Semejante prohibición islámica de investigar la paternidad (extramatrimonial) no rige para investigar la maternidad.

La filiación verdadera o legítima es la nasab y siempre surge del matrimonio, efectivo o presumido del padre.

El nacido fuera del matrimonio es fruto de una relación ilícita y es considerado ilegítimo. Según la expresión musulmana¹⁶⁸ consagrada, el extramatrimonial es un hijo de la zina o fornicación. La noción de zina se utiliza para referirse a todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio, es un impedimento de honestidad. Los hijos de tales relaciones extramatrimoniales carecen, jurídicamente, de filiación paterna. Sólo pueden ser reconocidos por la madre.

En algunos países, como en el Líbano, se ha corregido esta dureza del derecho musulmán autorizando el reconocimiento paterno de un hijo extramatrimonial, pero al solo efecto de permitir llevar el apellido del progenitor.

Con respecto a la filiación adoptiva, la mayoría de los países islámicos, siguiendo las pautas del Corán, no admiten la adopción pues “solo Dios (Alá) es el que establece los vínculos de parentesco entre hombres”. Existen adopciones de hecho pero sin efectos legales, lo que ha llevado a los juristas musulmanes a atemperar la falta de derechos hereditarios de estos menores,

¹⁶⁷ **Albaladejo García, Manuel**: “*El Reconocimiento de la Filiación Natural*”. Bosch, Casa Editorial. Urgel 51 bis. Barcelona, 1954, pág. 17 y ss.

¹⁶⁸ **García Barriuso, Patrocinio, O.F.M.**: “*Derecho Matrimonial Islámico y Matrimonios de Musulmanes en Marruecos*”. Instituto de Estudios Africanos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1952, pág. 202 y 203.

con sucedáneos como la donación o el legado testamentario llamado *tanzil* o *inzal* entre los malequitas del norte de Africa.

VI - ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ESTATUTO FILIATORIO

La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus padres. Puig Peña sugiere una definición de filiación como integrante del estado, atributo de la persona física. “La filiación es aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero”¹⁶⁹. La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido.

VII - EVOLUCION LEGAL ARGENTINA

Para la transformación histórica de la filiación en Argentina hemos analizado, las obras que al pie se señalan de: López del Carril¹⁷⁰, Terán Lomas¹⁷¹, Troplong¹⁷², Méndez Costa¹⁷³, D’Antonio¹⁷⁴, Lafaille¹⁷⁵, entre otros autores.

A) Régimen del Código Civil: establecía dos categorías de hijos:

- a) **LEGITIMOS** (o matrimoniales): hijos de personas unidas entre sí por el matrimonio.
- b) **ILEGITIMOS** (o extramatrimoniales): hijos de personas no unidas entre sí por el matrimonio. Dentro de ellos se encontraban los: **NATURALES**: hijos de personas que si bien no estaban unidas entre sí por el matrimonio, no tenían ningún impedimento para casarse; **INCESTUOSOS**: hijos de personas que no podían contraer matrimonio entre sí por impedimento de parentesco de consanguinidad; **ADULTERINOS**: hijos de personas que no podían contraer matrimonio entre sí por impedimento de ligamen, es decir, por estar casados con otras personas; **SACRILEGOS**: son los hijos de padre

¹⁶⁹ **Puig Peña, Federico:** *Tratado de Derecho Civil Español*, pág. 6 citado por López del Carril, Julio J. en: “*La Filiación y la Ley 23.264*”, Buenos Aires, 1987, Cap. II.

¹⁷⁰ **López del Carril, Julio J.:** “*Legitimación de Hijos Extramatrimoniales*”. Roque Depalma Editor. Bs. As. 1960, pág. 113 y ss.

¹⁷¹ **Terán Lomas, Roberto A.M.:** “*Los Hijos Extramatrimoniales*”. Prólogo de Díaz de Guijarro. Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1954, pág. 54 y ss.

¹⁷² **Troplong, M.:** “*La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano*”. Dedebec. Ediciones Desclée de Brower. Bs. As. 1947, pág. 149.

¹⁷³ **Méndez Costa, María Josefa:** “*La Filiación*”. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe. 1986, pág. 48 a 53.

¹⁷⁴ **Méndez Costa, María Josefa – D’Antonio, Daniel Hugo:** “*Derecho de Familia. Tomo III*”. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 1996, pág. 15/20.

¹⁷⁵ **Lafaille, Héctor:** “*Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*”. Biblioteca Jurídica Argentina. Bs. As., 1930, pág. 371.

clérigo de órdenes mayores o de persona-padre o madre- ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica.

A.1 Derechos de los hijos ilegítimos:

Los naturales: podían demandar a los padres para que reconozcan su paternidad o maternidad; reclamar alimentos; y les correspondía en la herencia de los padres una cuarta parte de lo que correspondía a un hijo legítimo, salvo que vinieran solos a la herencia en cuyo caso era de un medio.

Los incestuosos, adulterinos y sacrílegos: no podían demandar a los padres para que reconozcan su paternidad o maternidad; para reclamar alimentos debían ser menores de 18 años, haber sido reconocidos voluntariamente por sus padres y estar imposibilitados para proveer a sus necesidades. Carecían de derechos sucesorios en la sucesión del padre o de la madre, quienes no gozaban de la patria potestad a su respecto ni podían designarles tutores ni, a su vez, heredarlos. Su situación mejoraba si eran reconocidos por el progenitor no casado, o por uno sólo de los progenitores incestuosos o por aquel que no había recibido órdenes sagradas ni había formulado voto solemne de castidad. Quedaban así en la situación de hijos naturales del reconociente.

B) Régimen de la ley 2.393 (ley de matrimonio civil): Mantuvo la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos, pero suprimió en el artículo 112, la categoría de sacrílegos conforme con el régimen meramente civil del matrimonio y la lógica supresión de impedimentos para celebrar las nupcias en razón del orden sagrado o voto de castidad. Las leyes 10.903 y 11.357 incidieron en materia de patria potestad con respecto a los hijos naturales. La ley de adopción 13.252 influyó indirectamente al admitirla para los propios hijos. La ley 14.024 restringió la falta de derecho de representación hereditaria de la descendencia ilegítima a los que estuvieran unidos al causante por generaciones naturales ininterrumpidas.

C) Régimen de la ley 14.367: Suprimió las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no casadas, y las calificaciones que el Código fijaba entre las últimas, colocando a todas éstas en un pie de igualdad, y prohibiendo toda referencia al carácter de la filiación en las partidas de nacimiento. Es decir: mantuvo la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos pero unificó todas las categorías otorgándoles los mismos derechos: podían demandar a los padres para que reconozcan su paternidad o maternidad; reclamar alimentos; y les correspondían en la herencia de sus padres, **la mitad de lo que le correspondía a un hijo legítimo**.

D) Régimen de la ley 23.264 (de 1985): Esta ley es de particular relevancia pues establece que tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial producen los mismos efectos,

ratificando los postulados sostenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica. Si bien es cierto que se mantiene la clasificación, ello es sólo a los efectos de determinar la paternidad. Se establece así la “equiparación de las filiaciones” uno de los principios generales que informan el estatuto filiatorio.

Nuestra opinión: Como se observa, prudentemente la secuencia legislativa en materia filiatoria, siguió un orden paulatino, similar al avance de las situaciones fácticas que les dieron origen. Ello permitió que tuvieran LEGITIMACION SOCIAL, es decir **eficacia** en el sentir argentino, en los usos y costumbres que se presentaron en la cotidianeidad de la sociedad.

VIII - PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO ARGENTINO EN MATERIA DE FILIACION A PARTIR DEL AÑO 1985.

1. IGUALACION JURIDICA DE TODAS LAS FILIACIONES CONSANGUINEAS Y ADOPTIVAS PLENAS.¹⁷⁶ (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17.5 y arts. 240, 241 y 21 de la ley 23.264).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054 en su art. 17.5, establece: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. El art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresa: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”. Estas normas han sido incorporadas a la C.N. en el art. 75, incs. 22 y 23.

La igualación jurídica implica **EQUIPARACION DE EFECTOS** (arts. 240 y 241), encontrándose expresamente consagrados en la normativa, a saber:

- a) Supresión del principio de jerarquización de las filiaciones (art. 21, ley 23.264).
- b) Se unifica jurídicamente la familia (deroga arts. 365, 3.582).
- c) Supresión de la legitimación por subsiguiente matrimonio (311); y de la adopción de los hijos (propios) extramatrimoniales.

¹⁷⁶ **Fanzolato, Eduardo Ignacio:** *Apuntes de Cátedra de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2008.*

- d) La distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial subsiste porque es una consecuencia del matrimonio de los padres; pero no supone diferencia alguna de contenidos o efectos jurídicos. Consideramos que la terminología se debe mantener:
- 1) Por razones técnicas relativas a la determinación, por ejemplo, presunción de paternidad del marido de la madre (arts. 243 y 244).
 - 2) La inscripción de la maternidad matrimonial **no debe serle notificada a la madre** si quien efectúa la denuncia del nacimiento es el marido (art. 242).
 - 3) Genera un distinto régimen de impugnación (art. 258 a 260; 261 y 263).
 - 4) Existencia de regímenes específicos en orden al ejercicio de la patria potestad de los hijos extramatrimoniales (art. 264, 4º, 5º y 6º).
 - 5) Establecimiento de un régimen especial de tutela de los hijos extramatrimoniales de padres no emancipados (art. 264 bis).
- e) La filiación adoptiva plena está equiparada (art. 240) pero la adoptiva simple tiene un régimen especial en cuanto a la extensión de sus efectos parentales (art. 329).
- Fundamento: los hijos no son culpables de los hechos de sus padres.

2. IGUALACION JURIDICA DE PROGENITORES Y ASCENDIENTES

Surge de la regulación general de la patria potestad; del derecho alimentario y de la vocación sucesoria que se les reconoce a los **ascendientes extramatrimoniales en igualdad de condiciones que respecto a los matrimoniales**. No estamos convencidos de adherir a este principio a ciegas. El que concibe un hijo con una mujer que **no es su esposa**, es un adúltero, antes y ahora. Por ahora, el adulterio es un delito civil, como lo vemos en el art. 202 (causales subjetivas de divorcio). Cuando la Convención de los Derechos del Niño, establece la equiparación de todos los hijos, no dice nada respecto a la equiparación de las paternidades. En realidad, este tema fue una cuestión de política, entre los senadores Menem y de la Rúa, porque este último dijo: “vamos a equiparar las filiaciones pero no las paternidades”. Y la equiparación desde el punto de vista histórico está en la ley de patria potestad.

Es decir, deben hacerse ciertas precisiones con respecto a este principio, porque en el derecho actual la voluntariedad y la época del reconocimiento son determinantes de derechos y de sanciones:

- a) Posibilitando la privación judicial de la patria potestad si el padre claudicante hubiera incurrido en abandono del hijo.

- b) Prioridad para el ejercicio de la patria potestad al progenitor que reconoció voluntariamente.
- c) Privando o limitando temporalmente los derechos relativos al usufructo paterno respecto de aquel a quien se le atribuyó judicialmente la progenitoriedad. La ley dice que tienen el usufructo solamente los padres que hubiesen reconocido voluntariamente al hijo. Si lo reconocieron judicialmente, forzosamente, no tienen el usufructo de los bienes. Es una manera de sancionar a aquel por una determinada conducta.
- d) Privando o limitando la vocación sucesoria de los padres no reconocientes en la menor edad del hijo. Distinta es la situación frente al no conocimiento, porque puede suceder que la mujer haya ocultado su embarazo. La diferencia es clave.

3. VERACIDAD BIOLÓGICA

Implica que no exista discordancia entre el nexo natural o biológico y la “filiación” como vínculo jurídico. Existen ciertas excepciones a este principio como son los supuestos de la adopción, la fecundación asistida con material heterólogo o en las hipótesis de úteros de alquiler, que trataremos cuando analicemos el Proyecto.

El principio tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) pues es reconocido por la Convención de los Derechos del Niño, arts. 7º, 8º. En la legislación civil se observa en los siguientes casos:

- a) De la transformación de las antiguas presunciones en “*iuris tantum*” (arts. 77, 243, 244, 245 y 257).
- b) De la **desaparición** de prohibiciones para indagar la progenitoriedad. Se suprime el antiguo artículo **326** que rezaba: “la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada”. A su vez, el antiguo art. 341 prohibía toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega, y el art. 342 proclamaba que tales hijos “no tienen, por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad” Recordemos estos avances para luego cotejarlos con el Proyecto del 2012.
- c) De la normativa referente a la determinación o impugnación judicial de la filiación, que admite SIEMPRE EL USO DE TODA CLASE DE PRUEBAS, INCLUIDAS LAS BIOLÓGICAS (art. 243 y 253). Aquí surge el enigma de la fecundación humana asistida con material heterólogo.

- d) Del derecho reconocido al adoptado plenamente de conocer su realidad biológica (art. 328) y del compromiso asumido por los adoptantes **de informar** al adoptado acerca de su realidad biológica (art. 321, “h”).
- e) Ley 23.511: Banco Nacional de Datos Genéticos. Art. 4: examen por orden judicial.
- f) Ley 26.061: art. 11, derecho a conocer quiénes son sus padres.

Este principio encuentra límites:

Del equilibrio entre la veracidad biológica, la seguridad de un estado civil sólido y la estabilidad jurídica familiar, surge la conveniencia de limitar las personas legitimadas activamente para accionar y los plazos de caducidad. En estos supuestos se prefiere la “verdad sociológica” frente a la “verdad biológica”; la realidad afectiva y social sobre la realidad biológica, hasta ahora estos argumentos sólo aplicables a la Adopción. Belluscio inclusive sostiene, en un fallo, que en ningún lado dice que la veracidad biológica debe prevalecer sobre la veracidad afectiva y familiar. Los tratados no hablan de ello, hablan del derecho a la identidad que es un derecho personalísimo.

Por supuesto que el tema de la verdad biológica **está íntimamente vinculado** con el tema del **anonimato** en estos procedimientos en los que se genera un niño con material biológico que no corresponde a los pretendientes padres. Este tema no ha sido tratado en la legislación, **pero se practica en las clínicas especializadas las que aun desenfadadamente difunden sus técnicas.**

Ahora bien, deberemos considerar las hipótesis que se pueden plantear en materia de fecundación artificial:

- a) Cuando quienes solicitan la práctica recuren a material genético propio, esto es, fecundación con material homólogo; sean o no homosexuales.
- b) Cuando se pretende utilizar material genético parcial o totalmente heterólogo en la pareja, sean o no homosexuales.
- c) Cuando se trata de la inseminación post-mortem (es la inseminación con material congelado de una persona muerta);
- d) El alquiler de vientre.

Adelantamos que, en el Proyecto se ha dado el mismo tratamiento legislativo para los casos de reproducción humana asistida con material genético homólogo y cuando se recurre a material de terceros(heterólogo). Hubiera sido esperable UNA SOLUCIÓN DIFERENCIADA.

En Estados Unidos se firman contratos costosos, de alrededor de 25 mil dólares, 10 mil para la persona si llega a buen término, 10 mil para el intermediario y 5 mil para psicólogos e inscripción de la criatura. Si nosotros traemos esta práctica a nuestro país, nos encontramos con que ese contrato sería absolutamente nulo, porque frente al incumplimiento ni siquiera se podría pedir el cumplimiento de dicho contrato.

Pareciera que el interés del menor se usa cuando conviene y cuando no conviene no y aquí parece que no se respeta. El primer derecho es el derecho a la vida, y a través de estos procedimientos en los que hay que implantar tres o cuatro embriones, se selecciona y se puede llegar a un **feticidio**.

En materia de anonimato del donante, en el Derecho Comparado: Existen dos grandes sistemas. 1) El sistema de cerrar las fuentes, de mantener en secreto la identidad del donante, y 2) aquellos otros que admiten la posibilidad de averiguar aún cuando no sea una apertura total, pero sí permite investigar en situaciones previstas, por ejemplo de enfermedad de origen genético o hereditario. En Europa el sistema del anonimato se fundamenta en el principio del derecho a la identidad sexual, se acogen normas que existen en todo el mundo que expresan que las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados y reservadas a Dios. También se basa en el respeto a la intimidad en la medida que no afecten derechos de terceros sobre todo, del niño.

Cuando una persona es inseminada con material anónimo, el derecho a la verdad biológica choca con la idea del anonimato, muy defendido en Europa.

- **CASO ODIÈVRE vs. FRANCIA:** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13 de febrero de 2003. Es significativa esta sentencia donde se priorizó el derecho a la intimidad de la madre que había tenido una hija, bajo el resguardo que le otorgó el Estado Francés mediante el “parto anónimo”, a que no sea interferida su intimidad familiar frente a la necesidad de la hija, la sra. Odièvre de conocer a su madre biológica.

4. PREVALENCIA DEL INTERES DEL MENOR (art. 264 ter)

Esta tendencia se inicia con la ley 14.394 (art. 51 admite la indivisión hereditaria hasta que el menor de los herederos llegue a la mayoría de edad); continúa con la 17.711 (art. 1277 “in fine”); con la ley 19.134; prosigue con la ley 23.264, con cambio de concepto de familia, con el art. 264 ter; con la ley 23.515 (art. 211) y con la 24.779 y finalmente con la ley 26.061, del 2005 cuyo art. 3º in fine establece que “*cuando exista conflicto entre los*

derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

La prevalencia del interés del menor se manifiesta no solo en sus relaciones con los padres y con el resto de la familia **sino con respecto a toda la sociedad**. El derecho del niño a que se determine su filiación biológica y se establezca su filiación jurídica se impone por encima de los intereses de los padres. El derecho del hijo a que se determine su filiación se sobrepone al derecho de la madre a “decidir si crea o no un vínculo jurídico con el nacido a través de su reconocimiento” (Azpiri). La CDN proclama este derecho en sus arts. 3, 1º; 9,1º; y 21, 1º. La ley 24.779 del CC arts. 264 ter; 206; 167 (venia); 169 (dispensa); 236 (convenios); 264 (patria potestad); 308 (restitución de la patria potestad en beneficio o interés de los hijos); 391 (tutela); ley 26.061, arts. 3, 5, etc.

Este principio puede presentar dos facetas:

a) **El Interés Superior Minoril, que es la política que tiene un Estado para regular o dibujar las normas que contemplan el estatuto filiatorio, acorde a un determinado país, sus usos y costumbres.**

b) **Interés Superior del menor en el caso concreto. Es el que deberá observar el juez especializado en cada caso que se ponga a su consideración y que involucre a niños.**¹⁷⁷

5. REVALORIZACION DE LA POSESION DE ESTADO FILIAL (arts. 256 y 311)

Vélez en la parte final de la nota al art. 325 destaca el valor que le atribuye a la posesión de estado de hijo. El art. 256 proclama que “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento biológico”. El art. 260 que remarca el carácter irrevocable del reconocimiento, aunque fuere implícito.

En el caso de pretender una adopción de un emancipado o de un mayor de edad, el art. 311, 2º, factibiliza semejante adopción, con el consentimiento del adoptando, siempre que exista posesión de estado de hijo durante la menor edad.

- **Sobre estos principios generales que informan el derecho vigente, se hará pie para analizar el proyecto del 2012. Especial relevancia se le asigna al despacho de la Comisión n° 6 “Familia”, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de**

¹⁷⁷ **Fanzolato, Eduardo Ignacio:** “*La Filiación Adoptiva*”. Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 1998, pág. 33.

octubre de 2011, realizadas en San Miguel de Tucumán, por la jerarquía de sus miembros integrantes y sus conclusiones.

COMO ABORDA EL PROYECTO DE 2012 LA CUESTION DE LA FILIACION

En primer lugar, se observa cierta desprolijidad en su tratamiento. La cuestión filiatoria es extremadamente sensible para los ciudadanos argentinos, a nadie le resulta ajeno. Una mirada superficial del tema, nos lleva a pensar que sólo se ha contemplado la necesidad de ciertas elites sociales que buscan acceder a hijos de cualquier manera. El peculio, las clínicas especializadas en prácticas de reproducción humana asistida, todo lo que se mueve alrededor de la creación de un hijo “a la carta”, ejercen una decisiva influencia sobre la materia. **Razón por la cual, expresamos que en materia filiatoria, se legisla para ELITES social y económicamente poderosas**, lejos de la realidad de provincias argentinas que presentan culturas filiatorias diferentes (y patrimonialmente más débiles).

La pregunta que se impone: ¿Es la misma situación la del hijo nacido de una unión de dos personas de pueblos originarios, por ejemplo en Salta o Jujuy, entre pobreza y marginalidad, que la del niño que se gesta en parejas que utilizan estos métodos costosos de manipulación, instrumentalizando niños egoístamente y con la eventualidad de **SELECCIONARLO por color, raza, sexo, nivel intelectual, posibles enfermedades?** ¿Es esta forma filiatoria admitida en nuestras costumbres locales? ¿No se desnaturaliza el sentido que tiene traer hijos al mundo?

Tan ajenos nos encontramos frente a esta problemática que un estudio reciente de UNICEF, difundido por la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, informa que uno de cada mil niños/a y adolescentes se encuentra **sin cuidados** parentales en la República Argentina. Según el informe, las jurisdicciones que cuentan con mayor cantidad de niños en esta situación de vulnerabilidad son la provincia de Buenos Aires con 5958, Chaco con 1251, Córdoba con 1107 y Buenos Aires con 1029. En Córdoba la principal causa de falta de cuidado es la violencia, como en el resto del país¹⁷⁸. Las políticas públicas debieran canalizar las energías para frenar prioritariamente estas situaciones de la niñez desvalida.

En suma, aceptamos que debe ser legislado este tipo de prácticas de Reproducción Humana asistida, pero bajo ciertos resguardos. Así lo sostuvimos en las Jornadas de Derecho Civil de 2011 en Tucumán: “Incidencia de la ley 26.618 en del Derecho de Familia”:

¹⁷⁸ Comercio y Justicia, 15 de junio de 2012, p. 14.

“De lege ferenda: “La admisión de matrimonios entre personas del mismo sexo debe estar acompañada de una legislación sobre los tratamientos de reproducción humana asistida” (por mayoría).

Más allá de esta conclusión, también se resolvió por **Unanimidad**, *de lege lata* (como criterio hermenéutico) y de *lege ferenda* (como principio que guíe la legislación que se formule), aquilatar el principio de “Unidad de la Filiación”. Se sostuvo: **“Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la Unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”**.

Análisis efectuado por artículos.

En el título V “Filiación”, capítulo 1 “Disposiciones generales”, se trata las fuentes de la filiación¹⁷⁹. El art. 558 las contempla, incorporando la filiación por reproducción humana asistida.

En primer lugar la fecundación asistida **no es fuente** de filiación diferente a la natural, pues ya sea que se efectúe con material homólogo de la pareja o heterólogo, parcial o total; siempre habrá material genético humano implicado.

La diferencia está en la manera en que se ha producido la concepción. Azpiri¹⁸⁰ asiente con nuestro criterio al expresar: “En el primer supuesto surgirá a partir de la relación sexual y en el segundo por la técnica médica”. **“Entiendo que las técnicas de reproducción humana asistida no constituye fuente de la filiación.** Ello es así porque en la filiación por naturaleza se ha producido la concepción mediante la conjunción de un óvulo con un espermatozoide y ese proceso biológico también ocurre cuando se utiliza una práctica médica como la que menciona el artículo”. Asimismo Azpiri efectúa una diferenciación: “La verdadera cuestión referida a la filiación se presenta cuando ha mediado una técnica de procreación con material total o parcial heterólogo, porque en ese supuesto, al no coincidir el aporte genético con la pretensión de establecer el vínculo filial, pasa a cobrar importancia la **voluntad procreacional**. En suma, no será la técnica de reproducción humana asistida la fuente de la filiación **sino dicha voluntad** cuando no exista coincidencia genética entre las personas que desean asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas”.

¹⁷⁹ El art. 558 expresa: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

¹⁸⁰ **Azpiri, Jorge O.**: “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año 4, Número 6. Julio de 2012. La Ley. p. 115 y 116.

Al respecto en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se sostuvo *de lege lata y ferenda* que: “**La voluntad procreacional NO ES FUENTE autónoma suficiente para fundar el estado de familia**” (32 votos por la afirmativa; 17 votos por la negativa).

Tal como quedó redactado en el Proyecto, entendemos que la fuente de este tipo de vínculo es la VOLUNTAD DE LAS PARTES, Y NO LA PRACTICA MEDICA DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, con lo cual debiera modificarse el art. 558 en ese sentido. **Esta Comisión, siendo consecuentes con la postura asumida en Tucumán, considera que esa “Voluntad de gestar”, por sí sola, no es suficiente para crear vínculos filiales.**

Capítulo 2: Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

El art. 560¹⁸¹ contempla el consentimiento de los intervinientes en la práctica y el 561¹⁸², la voluntad procreacional. En los fundamentos del Proyecto se refieren a este nuevo concepto-componente determinante de la filiación-, cuando expresa sobre la voluntad procreacional, que es: “Elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por el recurso a esas técnicas, destacándose la total independencia con relación a si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de un vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.

Azpiri¹⁸³, autor al que seguimos en este punto, opina: “**Más allá de mi desacuerdo con esta forma de establecer la filiación ya que el mismo objetivo se puede obtener con la adopción de integración,** lo cierto es que la norma **sólo** brinda amparo al hombre o mujer que han otorgado el consentimiento respecto del hijo que ha dado a luz una mujer. Por una parte, es posible acotar que, a diferencia del criterio rector en la ley 23.264 que ponía el acento en la determinación de la filiación del hijo para hacerla coincidir en la medida de lo posible con el vínculo biológico, **la**

¹⁸¹ Art. 560: Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.

¹⁸² Art. 561: 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 previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

¹⁸³ Azpiri, Jorge O.: ob. cit, p. 116.

solución legal proyectada centra su atención en la situación de los adultos que han expresado su voluntad, cambiando el eje de la protección legal”.

Con ello, el jurista citado quiere significar que no se han contemplado otras hipótesis, descartando que la voluntad procreacional permita establecer relaciones filiales respecto de DOS HOMBRES, puesto que siempre habrá una mujer que alumbró. Y esto es así toda vez que, de acuerdo al art. 558, **ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales** cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Así sostiene: “La voluntad permite crear vínculo filial con el hombre o mujer de **quién ha alumbrado al hijo**, dando respuesta a una sola situación posible ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Tal es el sentido que resulta del adverbio “también”. Finalmente remarca la omisión ejemplificando: “El hombre aunque haya prestado su voluntad procreacional NO PODRA ASUMIR EL VINCULO FILIATORIO CON EL NACIDO DE UNA MUJER **GESTADO A PARTIR DEL APORTE DE SEMEN DEL OTRO HOMBRE Y LA UNICA ALTERNATIVA QUE LES QUEDA ES LA GESTACION POR SUSTITUCION**”, agregamos nosotros, y la adopción.

El art. 560 estipula que será el centro de salud quien deberá recabar el consentimiento exigido para perfeccionar el acto. Sostenemos que, en consonancia con lo tratado en el Congreso citado, en caso de que se regularan las técnicas de fecundación artificial, debería constar de modo indubitable y explícito en todos los ordenes del derecho civil, **LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA** (no mancomunada) del médico o profesional interviniente en el proceso de fecundación. (30 votos por la afirmativa; 9 por la negativa)¹⁸⁴. El autor de la propuesta considera que tanto los legisladores y jueces no deben olvidarse que la principal responsabilidad sobre la paternidad debería atribuirse al científico, es decir, **a quien unió los gametos**; y que esa imputación legal de la paternidad sobre el médico, tenga una imputación concreta en lo atinente a los alimentos, derechos hereditarios, etc.

Hechas estas precisiones, veamos la opinión de los doctrinarios respecto a las prácticas de fecundación artificial y la introducción de la “voluntad procreacional” como fuente de filiación. El que introdujo esta noción fue el jurista Enrique Díaz de Guijarro¹⁸⁵, quien reflexiona sobre la necesidad de discernir los tres elementos que aglutina este tema de la procreación:

- 1) la voluntad de unión sexual;

¹⁸⁴ **Chiesa, Pedro José María:** “*El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial*”; ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 6, San Miguel de Tucumán, 2011.

¹⁸⁵ **Díaz de Guijarro, Enrique:** “*La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*”. Jurisprudencia Argentina, 1965-III, sección Doctrina, p. 21 y ss.

- 2) la voluntad procreacional;
- 3) la responsabilidad procreacional.

La voluntad procreacional y su relación con la reproducción humana asistida.

Breve reseña doctrinaria.

Las prácticas de fecundación asistida disocian la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales o afectivos. Se estimula la idea del “derecho al hijo” a toda costa.

Loyarte¹⁸⁶ expresa: “Ciertas personas creen que las libertades que ofrecen las variadas gamas de intervenciones biomédicas les dan derecho a todo. Pero entre el deseo y el derecho hay una enorme distancia”.

1º) María Josefa Méndez Costa:

“Puede objetarse que las normas de una legislación determinada(sobre inseminación artificial y fecundación extracorpórea) no significarían aplauso, apoyo o fomento de la inseminación heteróloga o de la fecundación extracorporal, pero sí significarían admitir que son hábiles para determinar una filiación, en contra natura y en contra de la exclusividad de la paternidad-maternidad matrimonial que corresponde a los esposos; dejar la determinación de la filiación a la voluntad de los cónyuges, al margen del acto procreacional; conferir trascendencia jurídica expresamente a un negocio (el acuerdo de los cónyuges) contrario a la moral y a las buenas costumbres, pauta fundamental orientadora de la autonomía de la voluntad”¹⁸⁷. “El principio de la unidad de la filiación está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Nacional: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre **ni de nacimiento...**” (pág. 137).

2º) Mauricio Luis Mizrahi:

“Las normas proyectadas no responden al Interés Superior del Niño. (...) Basta una rápida lectura de los preceptos para comprender de inmediato que el *verdadero interés privilegiado es el del adulto que aspira a procrear, subordinando entonces a este interés-elevado a categoría casi suprema- los derechos del niño que ha de nacer conforme a estas prácticas*”; “Incluso, van de contramano a una reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Federal; la que ha sostenido- invariablemente en los últimos tiempos- que el interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al

¹⁸⁶ **Loyarte, Dolores - Rotonda, Adriana E.:** “Procreación humana artificial: Un desafío bioético”. Ediciones Desalma, Buenos Aires. 1995, p. 183.

¹⁸⁷ **Méndez Costa, María Josefa:** “La filiación”. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 1986, p. 205.

juzgamiento de los casos; razón por la cual se requiere adoptar medidas especiales para su protección en atención a su condición de vulnerabilidad”; “En las técnicas de reproducción humana asistida se está frente *a la creación de una nueva vida*, y no ante un caso en que se busca la reparación de una situación de desamparo existente. Así las cosas, si de crear vidas se trata, **el Estado tiene el deber** -cuando se está fuera del ámbito de la procreación natural emergente de la relación sexual- a que ese nacimiento se produzca en *condiciones óptimas*, y ello precisamente por lo antes indicado; o sea, *la prioridad* que tiene el niño por encima del deseo del adulto de procrear”; “Desde la referida perspectiva, las técnicas en análisis tienen que ser sólo autorizadas cuando se concentre en una **MISMA PERSONA** el acto de procreación, gestación o engendro y el cumplimiento de las funciones materna o paterna, respectivamente.

“La desbiologización resulta atinada para dar una justa solución a situaciones de hecho, pero **NO DEBE SER PROVOCADA DELIBERADAMENTE**. No creemos que se preserve el interés superior del niño si, tras invocar el derecho a la procreación, desdoblamos la maternidad (entre la genética y la gestante) o la disociamos entre tres personas (la genética, gestante y la madre “social” con voluntad procreacional); “Existe un derecho del niño para que, en principio, nazca mediante *un acto de amor* (o de placer, si se quiere), pero no por una acción médica”. El fraccionamiento de la maternidad y paternidad (y la privación al hijo de una de las líneas filiatorias) que generan estos nuevos tipos familiares, constituyen sin duda **UN EXPERIMENTO SOCIAL, del que todavía no han surgido conclusiones válidas (...), todavía navegamos en aguas de lo conjetural**”¹⁸⁸.

3º) María Magdalena Galli Fiant:

“No nos enrolamos en una posición *biologicista* que pregone el reconocimiento de efectos jurídicos **sólo** a la filiación por naturaleza”; “La existencia de métodos científicos adecuados para asistir a quienes no pueden gestar una nueva vida a través de la relación sexual, siempre que no implique manipulación o selección genética contraria a la dignidad de la persona humana, **es apreciable como alternativa**, y esperamos que sea accesible a todos, sin limitaciones económicas. Pero rechazamos la instrumentalización de un niño como medio para la satisfacción de expectativas de los adultos. **La generación de una nueva vida humana a la medida de los requerimientos de quienes desean ser padres, sumada a la eliminación del nexo biológico como fuente de lazos filiatorios, resulta a todas luces INCONSTITUCIONAL** en cuanto limita el derecho del niño- y también de aquel que ha dejado de serlo- a conocer a sus padres y, en la medida de lo posible, ser criado por ellos, que la

¹⁸⁸ **Mizrahi, Mauricio Luis:** “*Observaciones al Proyecto en materia de filiación*”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 6. Julio de 2012. La Ley. p.124, 125 y 126.

Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su art. 7º. “Toda regulación legal que modifique directa o indirectamente el régimen de filiación debe mantener la vigencia y respeto de los principios que hemos destacado. **Por ello, la admisión de soluciones legales que fundamenten los vínculos jurídicos de paternidad o maternidad en la SOLA VOLUNTAD (voluntad procreacional), borrando las huellas de la realidad biológica que toda persona -y todo niño en forma privilegiada- tiene derecho a conocer, ES CONSTITUCIONALMENTE REFUTABLE Y AXIOLOGICAMENTE CUESTIONABLE**”¹⁸⁹.

4º) Francisco A.M. Ferrer:

En el acápite sobre los principios orientadores de una eventual regulación legal de los métodos de procreación asistida, refiere el autor santafesino: “La prioridad del interés del hijo que se pretende crear; su interés físico, psicológico, moral, jurídico, debe afirmarse como criterio prevaleciente para resolver los conflictos en esta materia. El derecho del *nasciturus* está constituido por su derecho a venir al mundo en condiciones óptimas, lo que significa que tiene derecho a una familia idónea para la formación de su personalidad, entendiendo sociólogos y psicólogos por familia idónea una familia estable y con la doble figura genitoral, paterna y materna. Este principio está consagrado en los arts. 7 y 8 de la Convención internacional sobre derechos del niño, ratificada por ley 23.849/90, con jerarquía constitucional. De aquí cabe deducir que el interés del hijo a vivir en una familia organizada sobre la base de una pareja heterosexual debe prevalecer sobre el interés y aspiración del individuo a tener descendencia”¹⁹⁰.

5º) Eduardo A. Sambrizzi:

“La procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza. Ello es así, ya que tanto en ese supuesto como en el de la relación sexual natural, es la naturaleza la que actúa para producir la concepción (...). Lo que sí constituye una nueva forma de filiación en los supuestos en que el niño nace mediante una de las técnicas de procreación asistida, es la denominada *voluntad procreacional*, que constituye una creación del Proyecto, sin antecedentes en nuestra legislación, y que lleva a conclusiones inaceptables”. “La voluntad procreacional no constituye una pauta valiosa para la determinación de la maternidad o de la paternidad en la procreación asistida (...). No debe por otra parte olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el Orden Público, que no deja casi margen para la

¹⁸⁹ **Galli Fiant, María Magdalena**: “Reformas legales y su impacto en la filiación”. *Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 2010, p.123, 124 y 125.

¹⁹⁰ **Ferrer, Francisco A.M.**: “Procreación Asistida. Panorama Jurídico”. 59 Colección Jurídica y Social. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. 1995, p. 28.

actuación de la voluntad de las personas involucradas”. “Queda claro que el sistema propuesto deja de lado el factor seguridad jurídica en materia de filiación”¹⁹¹.

6º) Roberto L. Andorno:

“Téngase en cuenta que aquí también está en juego una cuestión más grave que la manipulación del embrión individual. Se trata del futuro mismo de la especie humana. Por ello, no es difícil advertir la magnitud de los riesgos que contiene la selección de los hombres del mañana a través de la **nueva eugenesia** que supone la FIV. Y en este punto, cabe hacerse algunas preguntas: ¿quién ha atribuido a los equipos médicos la facultad de decidir qué caracteres físicos o biológicos deben alentarse y cuáles, por el contrario, deben desaparecer en la sociedad del mañana? ¿Sobre la base de qué criterios, si es que los hay, pueden decidir quiénes son “mejores” y quiénes son “peores”? ¿Quién asumirá los daños irreversibles que se cometan en este campo?”; “la procreación heteróloga es distinta (de la adopción), en cuanto supone provocar deliberadamente el nacimiento de hijos que, desde el principio, van a estar privados de su padre biológico. El niño va a tener un padre legal y un padre biológico que, en principio, queda en el anonimato. Los psicólogos tienen una posición sumamente crítica con respecto a este desdoblamiento, que consideran nocivo para la salud psíquica del hijo (los psicólogos hablan del “crimen simbólico del padre o “el vacío de la ascendencia” que esta práctica genera). Al mismo tiempo, el empleo de gametos de terceros anónimos supone desconocer el derecho del niño a su propia identidad biológica, a lo más íntimo de su propio ser como es su origen. **NUEVAMENTE, ESTAMOS FRENTE A UNA COSIFICACION DE LA PERSONA, ESTA VEZ POR EL CORTE DE SUS RAICES BIOLÓGICAS**”. (...) “Los principios constitutivos de nuestro derecho civil no son favorables al empleo de gametos de terceros (...). Tal práctica afecta el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas (art. 845 y conc. del CC). Ello supone disponer, por acto privado, del estado civil del niño por venir, quien se verá privado, desde el comienzo y en forma deliberada, de sus ascendientes. El interés de los hijos que vendrán al mundo por esas técnicas exige que la ley que se dicte excluya las técnicas heterólogas. Se trata de evitar la pluralidad de padres/madres (padres biológicos, padres legales, madres uterinas, etc.)”¹⁹².

7º) Eduardo A. Zannoni.

¹⁹¹ **Sambrizzi, Eduardo A.**: “*Apuntes sobre filiación en el Proyecto*”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 6. Julio de 2012. La Ley, p.129/130.

¹⁹² **Andorno, Roberto L.**: “*El derecho argentino ante los riesgos de cosificación de la persona en la fecundación “In Vitro”*”, de la obra: “El derecho frente a la procreación artificial”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1997, p. 63.

“Más complejas aún son las cuestiones que suscita la inseminación artificial heteróloga, es decir, con semen de un tercero o donante. (...). Podrá responderse que aquí opera, en modo relevante, la llamada por Díaz de Guijarro *voluntad procreacional* que corresponde al marido y no al donante del semen fecundante, que lo proporcionó sin pensar en ese hijo, con un “fin impersonal” (como quien dona algo de su sangre al banco de sangre de un hospital). Pero a pesar de los esfuerzos del distinguido tratadista no hemos podido convencernos que la presunción *pater is est* se funde **SOLO EN LA VOLUNTAD PROCREACIONAL**. Esta puede constituir un medio saludable para impedir al marido desconocer la paternidad del hijo voluntariamente asumido al consentir la inseminación heteróloga de su esposa, pero, en términos generales, en su sentido tradicional, la paternidad **NO SE FUNDA EN LA VOLUNTAD DE PROCREAR SINO EN UNA ATRIBUCIÓN QUE PRESUPONE RELACIONES SEXUALES EXCLUSIVAS**, ello es coitos fecundantes exista o no la mentada voluntad procreacional en cada uno de ellos”¹⁹³.

NUESTRA PROPUESTA

Incorporar la Fecundación Artificial requiere un profundo debate, pues dependerá de las condiciones de los solicitantes para que la filiación sea acorde a las normas que la regulan. No es aconsejable despedazar toda la secuela progresiva de buenas leyes que hubo en el país, so pena de imponer drásticamente una técnica que, **asentimos**, debe ser regulada correctamente. Ello implica:

A) Posicionarnos en cada caso concreto, para poder legislar de manera diferenciada, en los supuestos de que el solicitante sea sólo uno; si los interesados están casados; están unidos convivencialmente; sean parejas heterosexuales; uniones homosexuales; pues de esta manera se tendrá una solución para cada hipótesis. **No luce correcto dar el mismo tratamiento** si se está frente a personas que requieren la fecundación artificial con material propio (homóloga) a quienes utilizan el material de terceros (heteróloga).

Si la decisión política es incluir estas prácticas por estar ya siendo llevadas a cabo en la actualidad, la forma que ha de abordarse la filiación deberá contener la siguiente clasificación y su pertinente tratamiento legislativo DIFERENTE:

- I) Filiación natural: a) matrimonial;
b) extramatrimonial.
- II) Filiación adoptiva: a) plena;

¹⁹³ **Zannoni, Eduardo A:** “*Inseminación artificial y fecundación extrauterina*”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 32 y 33.

b) simple.

III) Filiación artificial: a) inseminación artificial con semen del marido;

b) inseminación artificial con semen de un tercero (con o sin consentimiento del marido).

c) fecundación artificial del óvulo de la esposa con semen del marido *in Vitro* o implantación posterior en el útero de la esposa;

d) fecundación artificial del óvulo de tercera mujer con semen del marido y transferencia al útero de la esposa;

e) fecundación artificial del óvulo de la esposa con semen de tercero e implantación posterior en el útero de la esposa (con o sin consentimiento del marido);

f) fecundación artificial de tercera mujer con semen de tercero e implantación del embrión en la esposa (con o sin consentimiento del marido);

g) fecundación artificial de tercera mujer con semen del marido que lleva adelante la gestación y contrata, la entrega del hijo como si fuera matrimonial¹⁹⁴.

h) contrato de maternidad subrogada, en la que el óvulo pertenece a una mujer, el semen a un tercero y se alquila el vientre de una portadora para ser entregado el niño a quienes la contratan y compran el material genético. Esta forma de filiación, no debería regularse.

B) Debería acreditarse la imposibilidad de la pareja que recurre a la inseminación artificial heteróloga **de concebir un hijo sano**.

C) Requerirse el consentimiento de todas las personas involucradas (madre, marido, donante y, eventualmente, la esposa del donante).

D) Garantizar que los datos identificatorios del donante quedarán fehacientemente registrados, a fin de que el anonimato del mismo NO SEA ABSOLUTO.

D. 1) La cuestión del derecho a conocer sus orígenes.

El Proyecto establece que en los casos de reproducción humana asistida, sólo se franqueará el anonimato del dador de gametos, en casos excepcionales, por razones fundadas y cuando haya riesgo para la salud del niño.

¹⁹⁴ **Di Lella, Pedro:** “*Paternalidad y pruebas biológicas*”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997. p. 11.

Bajo el epígrafe “Derecho a la información en las técnicas de reproducción humana asistida”, se concluye en el art. 564, que en el supuesto de persona nacida bajo estas técnicas y *con gametos de un tercero*, si bien es cierto que esta circunstancia debería constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento -no indica cómo-, no utiliza la locución clave para entender el cercenamiento de derechos a que son sometidos los niños así obtenidos: el anonimato del donante o tercero. En efecto, en los casos de reproducción asistida se encuentran en colisión dos derechos constitucionales que, inevitablemente entrarán en pugna: el *derecho del tercero o donante de gametos a que se le garantice la confidencialidad* (el anonimato de esa decisión tan privada); y el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida a conocer su verdad biológica. **Verdad biológica por la que se luchó en las últimas décadas desde la democracia; paradigma que significó un gran avance para equiparar las filiaciones.** Desde 1985 no existe en Argentina la estigmatizante “categorización” de hijos, rigiendo el principio mencionado. Con ello advertimos un retroceso descomunal, de sancionarse esta normativa, pues volverán a existir hijos de *primera e hijos de segunda categoría*.

Entonces, el anonimato del donante sólo podrá levantarse en casos excepcionalísimos, extraordinarios, y recurriendo a un juez, como por ejemplo cuando haya riesgo para la salud del niño. Pero ello nunca generara la posibilidad que esos niños establezcan vínculos legales con el donante.

Por eso decimos que hay un **trato arbitrario** entre los diversos tipos de filiaciones, inclinándonos a pensar que en esta última, existe una manifiesta *discriminación hacia los hijos nacidos por esta vía*, con gametos de tercero; máxime cuando están en juego las normas de **orden público** que rigen los *impedimentos matrimoniales* y **no se ha reglamentado la forma y cantidad de donaciones de material** que una persona puede realizar. Ello, no obstante lo dispuesto en el artículo 575: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que en la adopción plena”, pues, es imposible determinar quién es el padre o madre donante.

Es forzadísima la analogía que se intenta realizar con el instituto de la adopción plena, pues se le reconoce al adoptado el derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos (art. 595), **derecho a la identidad que se le niega al niño gestado artificialmente.**

Insistimos en expresar que estas normas crearán *categorias* de hijos, aquellos que pueden acceder a conocer su biografía, y aquellos a los que le es expresamente vedado. En consonancia con lo expuesto, se prescribe: “En los supuestos de determinación de la maternidad el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. *En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre*”, y la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, presumida por la ley pero pasible de ser impugnada, *no pueda serlo en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida* cuando haya mediado consentimiento, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

En suma, la recepción legislativa de estas normas, transgrede principios de jerarquía constitucional al soslayar el interés superior del niño; el principio de veracidad biológica; el de equiparación de las filiaciones (hijos de 1º e hijos de 2º); el principio de igualdad. Correlativamente, recibe un tratamiento desigual la paternidad-maternidad biológica, priorizando la voluntad de los que prestaron su consentimiento para ser padres, y deja sin respuesta la cuestión de los embriones supernumerarios o sobrantes obtenidos en laboratorios y su utilización o descarte. Esta discusión se dio en Europa, con el “caso Odièvre”, priorizándose el derecho a la intimidad de la madre frente al interés de la persona a conocer sus orígenes. Lo incoherente de la cuestión, es que los **autores de este proyecto** de codificación, **fueron acérrimos críticos de aquel fallo**, que llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En otro orden de ideas, y a los fines de levantar ese anonimato férreo, se puede aventurar posibles argucias tendientes a rastrear el origen biológico de un sujeto. Sostiene Chiapero que “la envergadura del derecho en juego permite presagiar que la presentación **de un certificado médico** que dé cuenta del padecimiento del concebido por desconocer sus orígenes, franqueará la **revelación de la identidad del donante en la mayoría de los casos**, toda vez que los jueces no podrán negar la incuestionable prerrogativa de todo ser humano a conocer la verdad acerca de sí mismo y sus orígenes. Consecuentemente, el anonimato quedará en jaque.” La cuestión del anonimato se tratará más adelante.

E) Se ha soslayado deliberadamente la **responsabilidad solidaria** del científico que fabricó un niño. La disociación de la paternidad es una realidad traumática para cualquier ciudadano que la padezca, siendo el profesional actuante quien debe cargar con dicho gravamen. La inseminación artificial homóloga (IAC) y la inseminación artificial

heteróloga (IAD) comenzaron a intensificarse como técnicas a principios de siglo en Rusia, Inglaterra, EE.UU. y Suecia. La utilización en forma clandestina de estos procedimientos, llevó a la necesidad de la reglamentación en los países de mayor operatoria, con la finalidad de ejercer controles estatales del funcionamiento de los centros de inseminación, exigir rigurosidad en la aplicación de técnicas, verificar la calidad genética del material y, en fin, ejercer una vigilancia adecuada de la actividad.

Cuando existe ordenamiento legal de la nueva tecnología, **se prevé la responsabilidad civil de los profesionales actuantes, el marco de funcionamiento, el control genético del semen a inseminar, el secreto profesional sobre el origen biológico por un número** determinado de años, la conservación del material en perfecto estado, y en general los límites legales de la investigación y aplicación.

Si como resultado de la inseminación artificial heteróloga nace una criatura con deformaciones físicas, consecuencia de la falta de control genético del material utilizado, **¿cuál es la responsabilidad del médico y de la clínica?** Según Messina de Estrella Gutiérrez¹⁹⁵: “Estamos en la órbita contractual (art. 520, 521 y 522 del CC.), pues el profesional médico ha convenido expresamente con la pareja la inseminación utilizando esperma de un donante ya sea anónimo o bien, como suele ocurrir- por la falta de bancos de semen-, buscado y aportado por aquella. Más difícil es discernir si la obligación del médico es de medios o de resultados, o dicho de otro modo, cuál es el “deber jurídico” que asume el médico en esa obligación”. La autora entiende que debe distinguirse dos etapas: a) en la obligación de efectuar inseminación artificial a una paciente, el profesional no garantiza ningún resultado: no asegura el éxito del embarazo. Ni se puede garantizar el nacimiento de un ser humano, ni el embarazo, ni siquiera la propia fecundación. Por lo tanto en nada difiere la regulación de esta actividad médica jurídicamente, de las otras especialidades”... b) cuestión más delicada (y que hace al tema de los daños ocasionados a la paciente, por malformaciones del *nasciturus*) concierne a la determinación del tipo de obligación que asume el médico en cuanto a la seguridad del material y sus futuras consecuencias genéticas. Consideramos que se está frente a una obligación donde la onerosidad de la prestación, la calidad del bien jurídico involucrado, el carácter específicamente profesional de la actividad, ponen a cargo del médico la carga de probar la falta de culpa para liberarse de la responsabilidad (o en la

¹⁹⁵ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: “Bioderecho”. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. págs. 153 y 154.

terminología de Alterini: obligación de resultado atenuada)". (...) "Bueres considera que en la hipótesis de fecundación asistida con semen de dador o donante (IAD), existe una obligación mayor para el profesional y los centros asistenciales quienes asumen **una obligación tácita de seguridad, en la órbita contractual, en cuyo caso, la responsabilidad es objetiva y sólo se eximirá probando la reactivar del nexa causal**".

F) La existencia y el destino de embriones supernumerarios que los padres biológicos dejan abandonados una vez formados, a pesar de haber pagado una cuantiosa suma de dinero. Esta problemática lleva a reflexionar si los padres que recurren a la Procreación Artificial, más que **"querer AL hijo", "quieren UN hijo", por lo tanto: ¿NO SON TAMBIEN PADRES DE LOS OTROS EMBRIONES?**

Gestación por sustitución

Art. 562¹⁹⁶.

Consecuentemente con la voluntad procreacional como fuente generadora de vínculo filial, el Proyecto incorpora la maternidad subrogada como una alternativa a las personas que procuran obtener hijos. Se la denomina **"gestación por sustitución", denominando a la persona que encarga que la gestación la lleve a cargo otro: "comitente de la gestación"**.

El procedimiento se lleva a cabo mediante un contrato homologado ante un juez. El embrión producto de la unión de gametos de uno o más comitentes, puede ser implantado en el vientre de una mujer, quien acepta llevar adelante su gestación hasta el momento del nacimiento.

Las condiciones de admisibilidad figuran en los incisos del artículo citado. El fundamento de la agregación de esta compleja práctica es igualar la condición de las parejas que carecen de medios económicos para hacer "turismo reproductivo", a fin de obtener un niño, permitiéndolas en el país.

La oposición a este tipo de convenios es tal que para evitar la sanción de nulidad de los actos jurídicos, invocada por autores que consideran este tipo de gestación como un contrato de

¹⁹⁶ **Art. 562 del Proyecto de 2012. "Gestación por sustitución.** El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. 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**. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevé 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 adelante 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. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. **Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza**".

objeto ilícito, el Proyecto incorpora la **posibilidad de disposición y contratación sobre el cuerpo humano con fin afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y la maternidad subrogada engasta en los fines sociales, por lo que deberá concordarse esta norma, con el artículo 17**¹⁹⁷.

Silvana Chiapero aclara que la denominación utilizada en el proyecto de “gestación por sustitución”: “En primer término debo destacar que la utilización de la denominación “gestación por sustitución” en lugar de la comúnmente usada “maternidad subrogada” o “alquiler de vientres”, responde a que esta práctica fue pensada no sólo para parejas heterosexuales sino como alternativa para que un hombre solo o una pareja o matrimonio conformado por dos hombres puedan alcanzar la paternidad. A diferencia de todas las tipologías admitidas, para esta práctica se establece la necesidad de un proceso judicial previo”.

Respecto a los requisitos exigidos, continúa expresando: “Los requisitos referidos a la salud física y psíquica de la gestante como la limitación de las prácticas en una misma mujer aparecen como limitaciones razonables, máxime cuando no se establece edad límite ni para la gestante ni para los comitentes. Respecto al requisito consistente en que la gestante no haya percibido retribución, importan la intención de excluir la práctica de carácter lucrativo, instaurando lo que se denomina gestación altruista o vientre solidario, con la intención clara de evitar los “vientres mercenarios”. **No obstante, advierte que la experiencia extranjera demuestra que en los países en que se permitió la práctica gratuita, la realidad superó a la ley, llegando a los Tribunales los casos de pagos en los que se discutió si éstos debían aceptarse como pagos razonables por los servicios padecidos por la gestante o repudiarse por constituir un “precio por el hijo”**¹⁹⁸.

Este tipo de contratos han sido internacionalmente cuestionados, por agrupaciones defensoras de **los derechos de género** entre otros pues, sostienen que la mujer portadora se convierte en objeto, de tal forma que se la “cosifica”. Esa fundamental consideración a llevado al **CAHBI**¹⁹⁹ a **lanzar un urgente llamado a la sociedad, expresando su responsabilidad de “proteger a la mujer” contra todas las formas de explotación.** Por ello se rechaza la maternidad subrogada, considerando nulos los contratos de subrogación y prohibiendo las

¹⁹⁷ Artículo 17. “Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales”.

¹⁹⁸ Comercio y Justicia, 30 de Julio 2012, p. 16 A.

¹⁹⁹ Comité *ad hoc* de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, es una institución del Consejo de Europa, creada con el fin de estudiar el conjunto de problemas planteados por la ley, la ética y los derechos humanos por el progreso en las ciencias biomédicas (...) con el fin de armonizar las políticas de los Estados miembros en la medida de lo posible y, si es deseable, en la estructuración de los instrumentos legales apropiados.

agencias comerciales (intermediarios) que contrate a la madre subrogada o la publicidad sobre el tema.

Más allá del rol objetivamente deshumanizado que el proyecto le asigna a la “gestante”, además existirá siempre la duda de si la mujer se sometió o no a esta práctica en **forma gratuita**. Procurando reflexionar de buena fe, cuanto menos los contratantes o comitentes, tendrán gastos de internación hospitalaria, seguro de vida, lucro cesante de la portadora, honorarios médicos u otras erogaciones que desnaturalizan la filiación, pues hay “una paga” que es ilógico la abone la gestante. **Nos preguntamos si aquellos comitentes que “contraten” una madre portadora, le permitirán que se traslade al exterior, haga deportes de alto riesgo, fume, realice tareas inseguras que pongan en peligro el embarazo. Estimamos que la respuesta es negativa, con lo cual los derechos individuales de la “gestante” se ven efectivamente avasallados. Se trataría de un contrato de esclavitud, que repugna nuestro sentir.**

En caso que sea un familiar próximo la gestante quien, con fines solidarios, lleve adelante el embarazo, ello nos parece inconveniente pues existiría una superposición de roles con derivaciones psicológicas inimaginables. Las disciplinas en salud mental tienen mucho que opinar sobre el particular.

Respecto a la exigencia del inciso h), la intranquilidad del legislador por las consecuencias psicológicas que puede acarrear ser madre portadora, son evidentes, al imponer el previo alumbramiento de un hijo propio. La gestante llevará durante el lapso de nueve meses un ser humano, del cual se desprenderá entregándolo después del alumbramiento a terceros; las implicancias emocionales serán evidentes. Con el consecuente riesgo del cambio de opinión de la gestante y el potencial conflicto de intereses que se plantearán.

Enfoque desde la Psicología. Interrogantes a plantearse.

Se hace necesario abordar las implicancias emocionales que las prácticas de maternidad subrogada pueden ocasionar, no solo en la mujer portadora sino en el varón o la mujer que encomiendan este sistema. Ello demostrará la necesidad de un profundo debate previo a la instauración de estas **experiencias**.

Diana Biágosch Speroni²⁰⁰, licenciada en Psicología, egresada de la Facultad de Filosofía y Letras de la U.B.A, se especializa en violencia familiar y destaca la acción victimizante que entraña la procreación asistida, “con el ropaje de caritativa asistencia a quienes no pueden procrear”.

²⁰⁰ Biágosch Speroni, Diana: ¿Procreación asistida o victimización? Editorial Lumen. Buenos Aires.1993, págs. 50 y 51.

1) ¿Qué se supone que sucede en el psiquismo de la “madre subrogada”?

Quizás tenga confianza que no será vulnerada por los duelos que afectan al común de sus congéneres; omnipotencia; sentimiento que posee en cantidad inagotable la fecundidad que a otras les falta; intento de sobrecompensar una minusvalía (real o no) autopercibida; deseo de comprobar y demostrar su capacidad gestadora y alardear con ella; recurso a un suicidio simbólico representado por la elección (o al menos la aceptación) de gestar a un niño que ha de entregar al parir (provenga de su óvulo, es decir sea su hijo, o sea un embrión ajeno transferido a su útero); rasgos histéricos: se postula como protagonista, resguardando **la fantasía de su no-involucración (será, pero no-será la madre)**. No habría que descartar una seria alteración del sentido de la realidad.

2) ¿Ejercerá influencia en el niño que se gesta en madre subrogada, el psiquismo de ésta?

Aunque el embrión provenga del óvulo de otra mujer (posteriormente transferido) y, por consiguiente, la madre sustituta carezca de vinculación genética con él, al igual que de las eventuales bocanada de humo de la gestante fumadora, el nuevo ser que crece en su interior participa de todo lo que afecte a la mujer que lo porta dentro suyo.

3) ¿Cuál será el estado psíquico de la madre subrogada, sabedora de que ha de separarse del niño cuando nazca?

Padecerá el conflicto entre dejarse llevar y entregarse interiormente sin reservas al niño que se gesta en sus entrañas, o retraerse privándolo de su disposición afectiva por **tratarse de un ocupante forzado de su interior que ha de ser expulsado al finalizar el lapso establecido**, sin otorgársele la opción de llevar consigo nada de su primera morada, la que tampoco deberá conservar la impronta de su recuerdo.

La preñez subrogada convierte a la mujer en portadora de una bomba de tiempo, debiendo cuidar que a la hora del necesario estallido no la destruya totalmente. Quizás evitará palpar a ese ser al que no debe amar para no sufrir en la separación. Antítesis de la imagen de la mujer que al cruzar las manos sobre su vientre gestante confiadamente contiene en ella todo el universo. *¿Que implicará para el niño el retaceo del oxígeno del afecto?*

4) ¿Qué sentimientos tendrá la madre subrogada hacia el dueño del gameto que se fundió con su óvulo originando al hijo que gesta?

Posiblemente sentirá rencor porque no la consideró digna de ocupar ante el mundo el rango de esposa (prefiriendo a la estéril) y ser la madre proclamada del hijo de ambos. Desprecio por no haberse atrevido al compromiso del acto de la procreación y haber recurrido a

técnicas afectivamente asépticas(o que tratan de serlo). Celos y envidia (hacia él y hacia su mujer) a quienes deberá entregar el niño y para quienes lo está gestando.

5) ¿Dejarán secuelas en el psiquismo del nuevo ser las técnicas de procreación asistida que lo produjeron?

Algunos psicoanalistas aseguran percibir huellas en la conducta de sus pacientes de períodos prenatales muy tempranos, incluso de los estadios en los que el embrión navega por la Trompa de Falopio hacia el útero y flota dentro de él hasta anidarse. Si el pasaje natural, sin manipulación alguna, deja rastros detectables, alarma imaginar los que podrán producir la aventura inicial de la fecundación extracorpórea, los traslados impuestos al nuevo ser, los procesos de congelamiento y descongelamiento, la implantación en una nueva madre. Convertirlo por la fuerza en aventurero y emigrante, privado de la libertad de desarrollarse (castigo no imaginado por los más crueles sometedores), tratado como un alimento que se mantiene en el *freezer* para utilizarlo cuando apetezca, obligado a adaptarse a un nuevo medio al ser transferido al útero que no por ser el natural para los otros ha de serlo para él, si no que luego de la magnitud de las experiencias vividas, puede representar una absurda sumisión. Sería asombroso que un ser con tales inicios se avenga a una cotidianeidad sin sobresalto, y pueda percibir **sutiles matices de ternura**, él, que fue formado en la fría reciedumbre y ha conocido los espacios infinitos, quizás sin el silencio al que se refería Pascal.

6) ¿Qué se supone que sucede en el psiquismo del hombre que desea un niño y recurre a la procreación asistida?

Si es su mujer la poseedora de la deficiencia invalidante para la procreación: destacando su propia condición de “dotado”, efectúa un ofensivo alarde de “salud” y de carencia de solidaridad hacia su compañera, infligiéndole la injuria de recurrir a otra para los “servicios” que ella no puede brindarle. Satisface su deseo narcisista a través de su hijo (expresamente fabricado para ello) con total desinterés por los sentimientos de su mujer que ha de oficiar de madre y que, posiblemente será recriminada si no manifiesta júbilo.

Si es él el poseedor de la deficiencia invalidante para la procreación y acepta un “dador”: La esterilidad es frecuentemente autopercebida por el hombre asimilada a la impotencia, fracaso, mutilación de su integridad; sentimientos que rechaza: apoyándose en sus deseos de originalidad; frivolidad; desprecio por los auténticos valores sociales; características psicopáticas (“él maneja la situación”); niega el duelo por el hijo matrimonial inalcanzado; no solo acepta, sino que busca lo que constituyó uno de los aspectos más execrados y temidos del adulterio: introducir forzada y clandestinamente a un ajeno en el linaje (conducta notoriamente distinta de la de quienes adoptan a un ser ya existente). **Incluye en calidad de fantasma a un tercero en su vida familiar:** el

padre biológico, cuyo semen fecundó a su mujer y hacia quien, alternativamente, sentirá admiración y celos atribuyéndole, quizás, los rasgos, a sus ojos negativos, que eventualmente perciba en el niño. Baja autoestima que entraña el riesgo de pasar de improviso de la aceptación humillada de su minusvalía, al estallido violento”. (Fin de la cita).

RETOMANDO LO JURIDICO.

El debate claramente se necesita, no sólo por los argumentos expuestos desde otras disciplinas, sino por las normas jurídicas que se alteran.

Azpiri²⁰¹ con dureza expresa su categórica oposición a este tipo de acuerdos.

En efecto, sostiene: **“Considero inmoral ese tipo de contratación que denigra a la mujer gestante y transforma al hijo en un objeto de negociación”**. Pero, si se llegase a incorporar este acuerdo reproductivo, expone varias objeciones:

- a) Es difícil que el Juez interviniente aprecie que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño que pueda nacer, pues en realidad se ampara la voluntad de los padres, toda vez que el hijo todavía **no se ha gestado**.
- b) La valoración de la plena capacidad física y psíquica de la gestante, exigiría una evaluación médica y psicológica de esa mujer no solo al momento de suscribir el contrato sino también durante el embarazo y el parto, lo que no se ha previsto.
- c) Peca de ingenuidad la apreciación subjetiva de que la gestante no haya recibido retribución. Invoca la cuantía justificada de los gastos médicos que solventarán los contratantes, valoración del lucro cesante de la gestante, imposibilidad del juzgador de previa verificación de la inexistencia de efectiva retribución.
- d) La realidad indica que habrá onerosidad más allá de la previsión legal y esto desnaturaliza el fin de esta maternidad por sustitución.

Por su parte, **Sambrizzi**²⁰² considera que la mayor parte de la doctrina de nuestro país se halla conteste en que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, que no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie. El convenio de alquiler de vientre se considera inmoral, en el derecho vigente se decretaría

²⁰¹ **Azpiri, Jorge O:** *ob. cit.*, p.116.

²⁰² **Sambrizzi, Eduardo A.:** *ob. cit.*, p. 132.

su nulidad absoluta conforme el artículo 953 del CC. por ser su objeto ilícito, las personas están fuera del comercio

Síntesis de las observaciones del autor:

- a) La admisión de estos pactos puede significar **un instrumento de explotación física y económica** por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra... Convenios de tal naturaleza dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución.
- b) “La capacidad generativa es **INDISPONIBLE, INTRANSFERIBLE Y PERSONALÍSIMA**”. “Un pacto de esa naturaleza se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de Orden Público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato”.
- c) Bajo el epígrafe que reza: “Se produce una relación especial durante el embarazo”, el jurista señala que existe un daño para el hijo al separarse ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, receptando en su argumentación aquel enfoque psicológico que hablamos antes.
- d) Los requisitos del Proyecto para que el juez pueda autorizar la gestación, en especial **alerta sobre el peligro** de deslizarse hacia la **PENDIENTE EUGENESICA POR LA POSIBILIDAD DE ELECCION DE MUJERES DE LAS CARACTERISTICAS DESEADAS PARA SU INSEMINACION POSTERIOR GESTACION.**
- e) La exigencia de que la gestante no reciba retribución, desconoce la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero.

Analizando la cuestión, con nitidez se visualiza que la temática excede el derecho, toda vez que las ciencias tienen su incidencia.

MANIPULACION GENETICA PERFECTIVA

Hablábamos de los potenciales peligros que se avizoran, entre ellos y no es un tema menor, se encuentra la eventualidad de la selección genética. Y la pregunta clave sería: **¿Tienen derecho los padres para cambiar por sí la identidad del hijo por nacer?**

Opinamos que es altamente violatorio de los derechos humanos del niño por nacer, y a su propia autodeterminación, además de impredecibles consecuencias eugenésicas.

Así, siguiendo a Graciela Messina de Estrella Gutiérrez²⁰³ entendemos que el mayor grado de peligrosidad para la especie humana es la **Manipulación Eugénica**. Opina la jurista: “Manipulación eugénica, destinada a modificar los rasgos humanos codificados por un gran número de genes, determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc. Esta posibilidad de efectuar modificaciones masivas para seleccionar ciertas características de la población es claramente violatoria de numerosos derechos humanos”. (...) “La genética estuvo frecuentemente ligada a políticas discriminatorias y genocidas. En los años 20 y 30 los Estados Unidos sancionaron leyes inmigratorias restrictivas contra determinados grupos étnicos considerados inferiores genéticamente. Al mismo tiempo, **“se esterilizaron en los Estados Unidos unos 70.000 individuos con el pretexto de que sufrían problemas mentales, alcohólicos, etc. y argumentando que así se tendía al mejoramiento de la raza humana”**.... “En dicho país, conocidos genetistas (como Charles Davenport) apoyaron estas medidas, sirviendo de inspiración a los nazis para sus conocidas actividades”....

“A principios de la década de los 70 (y evocando en parte las ideas del italiano Lombroso), se divulgó masivamente en los Estados Unidos la existencia del cromosoma “XYY”, el “cromosoma del crimen”, supuestamente causante de una personalidad violenta, propensa al delito y a las perversiones sexuales. En revistas científicas, destacados especialistas propiciaron abortos ante el diagnóstico de que un feto portara dicho cromosoma, habiéndose registrado algún caso de aborto en 1973 por tales circunstancias. La idea de la selección de los “buenos genes” y el descarte de los “malos”, no se hizo esperar”.

“La discriminación genética tuvo notables repercusiones en el caso de la anemia calciforme, una enfermedad grave transmisible genéticamente, que afecta sobre todo a los negros que carecen de tratamiento médico eficaz. En Estados Unidos, en 1972, se gastaron más de 100 millones de dólares en la lucha contra esa enfermedad, acentuándose la necesidad de una buena información por parte de posibles afectados para que actúen con más cautela en su reproducción. Así, muchos negros (aún los no enfermos) tuvieron que pagar pólizas de seguros más caras; compañías aéreas se negaron a transportar esta categoría de negros; mientras que la discriminación laboral también existió”.

“Se ha llegado a la aberración de **colectar y conservar esperma** de personas que han sido distinguidas con el Premio Nóbel, con la intención de la procreación de niños “superiores” y

²⁰³ **Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela**: “*Bioderecho*”. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 89.

con un coeficiente intelectual elevado. **W. Shockley (Premio Nóbel que propiciaba la esterilización de personas con un coeficiente intelectual bajo) donó su espermia con el fin indicado**,²⁰⁴.

En conclusión, cuando un sujeto efectúa un arreglo contractual de cualquier índole, procura que la misma sea lo más conveniente para él y su pareja, según la voluntad que lo impulsó a ese fin. Así, si pensó que lo mejor es gestar un hijo varón, por identificación con él, el centro de salud que se encargue de esta técnica escogerá los gametos que pertenezcan a ese sexo y apartará los contrarios. Por lo tanto es razonablemente posible que suceda la selección genética.

No es vanguardista aquello que empuja a descartar personas, antes bien pareciera retomar épocas nefandas pasadas. Para mayor preocupación, el proyecto se aparta de la mayoría de las legislaciones del mundo que prohíben los contratos de gestación por otros, regulándolo bajo el ardid de ser “gratuito”; que la gestante no haya aportado el material genético; tenga ya un hijo y no realizar más de dos contratos de gestación por otro.

Finalmente, exponemos la opinión de Graciela Medina²⁰⁵ quien, recurre al derecho comparado al sostener: “En Grecia uno de los países que regula este contrato se permite hasta el pago de 20.000 euros en concepto de gastos por el embarazo y en Inglaterra la jurisprudencia reconoce el pago de 10.000 libras por los gastos ocasionados por la gestación a los que hay que adicionarles el lucro cesante durante la gestación. Nada se dice de las consecuencias que tiene el incumplimiento de los pactos que vienen asociados al contrato de gestación por sustitución, como es la cláusula de no fumar durante el embarazo o de no consumir drogas o de no tomar alcohol para no perjudicar al feto”. “La mayoría de los países que admiten este tipo de contratos, las soluciones se dividen entre **permitir la adopción** con posterioridad al nacimiento y **atribuir directamente la filiación a los contratantes**. El Proyecto se inclina por esta segunda solución: la maternidad no se determina por el parto sino por el contrato, siempre y cuando estuviera homologado por el juez”.

Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. Art. 563²⁰⁶

²⁰⁴ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela: ob. cit., p. 91.

²⁰⁵ Medina, Graciela: “Las diez grandes reformas al derecho de familia”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 06- Julio de 2012. La Ley. Edición Especial. Buenos Aires, p. 18.

²⁰⁶ **Art. 563.** “Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un

El Proyecto admite la posibilidad de la transferencia de embriones de una persona fallecida a su mujer. Se supedita la misma a la concurrencia de dos requisitos: el consentimiento informado y previo de la persona muerta, mediante escritura pública o testamento, en orden a transferir a la mujer, los embriones producidos por sus gametos.

La segunda condición, es que impone un límite temporal: la implantación del embrión debe producirse dentro del año siguiente al deceso. No se autoriza la fecundación post mortem de gametos, sino la filiación post-mortem de embriones crioconservados.

Es decir que, **como regla general**, se establece la **privación del vínculo filial del hijo engendrado post mortem**, para luego establecer una excepción: que el causante haya manifestado su voluntad POR ESCRITO de implantar sus gametos o embriones producidos con su semen.

Entonces de la conjunción de la regla general y de la excepción surge que la filiación dependerá de que el padre cumpla con UN REQUISITO ESCRITO y que la implantación se produzca dentro del año del óbito. Sojo²⁰⁷ expresa claramente que: “No existe diferencia ontológica entre los hijos nacidos dentro del marco de la primera parte del artículo 563 y los nacidos al amparo de la segunda parte y pueden ser incluso propios hermanos nacidos solamente por una separación de tiempo. **Luego de mucho tiempo, el derecho moderno suprimió la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, estableciendo el sano principio de que no puede haber discriminación por razón de nacimiento. LA DISTINCION ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 563, VIENE EN LA PRACTICA, A RECREAR LA SUPERADA CALIFICACION DE LOS HIJOS EN LEGITIMOS E ILEGITIMOS.** (...) “Como solución legislativa nos parece preferible establecer la prohibición de la procreación post-mortem”.

Esta práctica no es de uso frecuente, así el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud de Francia, menciona que en ese país sólo existen uno o dos casos por año²⁰⁸.

España prevé la filiación post-mortem autorizada por escritura pública o testamento, dentro de los seis meses del fallecimiento, mientras que el Reino Unido y Bélgica autorizan la práctica pero no le reconocen efectos filiatorios. Alemania, Dinamarca,

testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

²⁰⁷ Sojo, Lorenzo A.: “Filiación post mortem en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 Número 06- Julio de 2012. La Ley. Edición Especial. Buenos Aires, p. 135.

²⁰⁸ Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis_113 “La demande d'assistance médicale á la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple”.

Francia Italia y Suiza prohíben la utilización de gametos o embriones de personas muertas²⁰⁹.

Este método ha sido rechazado tanto en la práctica como en la doctrina, nacional e internacional. Se considera que se pretende gestar un niño premeditadamente huérfano de padre, solo por un interés egoísta de quien quiere continuar la representación del esposo a través de un hijo así producido.

Las consecuencias psicológicas en el niño aún no han sido evaluadas por la escasez de casos registrados de filiaciones post mortem. No obstante lo cual, haremos las siguientes precisiones.

- a) La Constitución Nacional estipula la existencia de legislaciones que protejan los intereses de los niños, a efectos de evitar su desamparo, tanto moral como material. (art. 75 de la C.N.; tratados sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del niño, ley 23.849, incorporados al texto constitucional por el art. 75, inc. 22).
- b) Algunos autores sostienen que la inseminación de una mujer con semen de su marido muerto no debe autorizarse, por ser contraria a la Constitución ya que la falta del padre impediría cumplir con el deber de prestarle asistencia. El hijo nacerá necesariamente sin padre. Azpiri opina que: "No es el caso de que un evento fortuito haya producido el fallecimiento luego de la concepción porque ello se encuentra dentro de las posibilidades naturales. Lo que sucede es que los interesados, en forma deliberada, han decidido que el hijo nazca sin padre, siempre que la concepción o implantación del embrión se produzca dentro del año del deceso"²¹⁰.
- c) Sambrizzi²¹¹ aporta un comentario del especialista en bioética y magistrado de Mar del Plata, Dr. Pedro Federico Hooft sobre la fecundación post mortem, valiosa para reproducir: "1. El derecho de todo niño de tener un padre y una madre, al ofrecerle mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debe prevalecer frente al deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno; 2. Que la legitimación de la fecundación artificial en mujeres sola, CONTRARIA LA RAZON MISMA DE SER DEL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNICAS DE PROCREACION ASISTIDA.; 3. Que, en principio, no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el tipo de familia que desea constituir

²⁰⁹ Service des études juridiques del Senado Francés ([http:// www. Senat.fr](http://www.Senat.fr)) Étude de législation comparée n° 193- janvier 2009- L'accès à l'assistance médicale à la procréation.

²¹⁰ **Azpiri, Jorge O.**: ob. cit., p. 117.

²¹¹ **Sambrizzi, Eduardo A.**: ob. cit., p.133.

(monoparental), cuando esa prerrogativa ENTRA EN COLISION CON LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LAS EXIGENCIAS DEL BIEN COMUN”.

- d) No resulta conveniente regular la filiación post mortem, pues el eje del Interés Superior del Niño se ve claramente vulnerado al producir niños huérfanos, con riesgos para su salud. Todo niño tiene derecho a nacer en una familia constituida por el padre y la madre.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Dra. Solavagione: *da inicio a la reunión leyendo art. 558.*

Dr. Fanzolato: pero cómo se prueba la voluntad procreacional?

Dra. Solavagione: para mi no hay forma. Yo opino y además lo sostuve en Tucumán, que la voluntad procreacional no es fuente de filiación. Hay dos tipos de filiación: la biológica, la nacida por adopción, y ahora esta, que es la voluntad de las personas de ser padres. Ahora, como dice el Dr. Fanzolato, cómo se prueba? Pensemos en la situación de la mujer violada, que de esa unión nace un niño: el violador tiene voluntad procreacional?

Dra. Villagra: lo que a mi me preocupa es la pérdida de la voluntad procreacional. La frustración... entonces se puede tener una voluntad procreacional inicial, y luego se termina deteriorando. Entonces me pregunto, esa voluntad tiene que mantenerse al tiempo del nacimiento?

Dra. Wallace: debería determinarse al tiempo de la implantación.

Dra. Villagra: pero creo que entonces no solo la voluntad, sino el mantenimiento a través del tiempo.

Dr. Fanzolato: entonces lo correcto sería hablar de voluntad procreacional persistente.

Dra. Wallace: quiero que veamos lo relativo al consentimiento en este tipo de técnicas. Está en el art. 560 (lee).

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:45 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado; con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el día 21 de Agosto a la misma hora.

ACTA DE LA DECIMA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los veintiún (21) días del mes de Agosto del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática de la **Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Título V “Filiación” del Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “*Conclusiones*”.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma.

Dra. Solavagione: les hago escuchar el audio del programa de Miguel Clariá, donde hace una entrevista a la Dra. Kemelmajer sobre el tema de Fecundación Humana Asistida, a raíz de nuestro artículo de La Voz del Interior del domingo 12 de Agosto (*se escucha audio de la entrevista*).

Leo el art. 560 y 561 (*lee*). Yo hice un trabajo (*ver Fundamentos*) y quiero leerles la propuesta: Incorporar la Fecundación Artificial requiere un profundo debate, pues dependerá de las condiciones de los solicitantes para que la filiación sea acorde a las normas que la regulan. No es aconsejable despedazar toda la secuela progresiva de buenas leyes que hubo en el país, so pena de imponer drásticamente una técnica que, asentimos, debe ser regulada correctamente. Ello implica: A) Posicionarnos en cada caso concreto, para poder legislar de manera diferenciada, en los supuestos de que el solicitante sea sólo uno; si los interesados están casados; están unidos convivencialmente; sean parejas heterosexuales; uniones homosexuales; pues de esta manera se tendrá una solución para cada hipótesis. No luce correcto dar el mismo tratamiento si se está frente a personas que requieren la fecundación artificial con material propio (homóloga) a quienes utilizan el material de terceros (heteróloga). Si la decisión política es incluir estas prácticas por estar ya siendo llevadas a cabo en la actualidad, la forma que ha de abordarse la filiación deberá contener la siguiente clasificación y su pertinente tratamiento legislativo DIFERENTE: Filiación natural: a) matrimonial; b) extramatrimonial. II) Filiación adoptiva: a) plena; b) simple. III) Filiación artificial: a) inseminación artificial con semen del marido; b) inseminación artificial con semen de un tercero (con o sin consentimiento del

marido). c) fecundación artificial del óvulo de la esposa con semen del marido *in vitro* o implantación posterior en el útero de la esposa. d) fecundación artificial del óvulo de tercera mujer con semen del marido y transferencia al útero de la esposa; e) fecundación artificial del óvulo de la esposa con semen de tercero e implantación posterior en el útero de la esposa (con o sin consentimiento del marido); f) fecundación artificial de tercera mujer con semen de tercero e implantación del embrión en la esposa (con o sin consentimiento del marido); g) fecundación artificial de tercera mujer con semen del marido que lleva adelante la gestación y contrata, la entrega del hijo como si fuera matrimonial. h) contrato de maternidad subrogada, en la que el óvulo pertenece a una mujer, el semen a un tercero y se alquila el vientre de una portadora para ser entregado el niño a quienes la contratan y compran el material genético. Esta forma de filiación, no debería regularse. B) Debería acreditarse la imposibilidad de la pareja que recurre a la inseminación artificial heteróloga de concebir un hijo sano. C) Requerirse el consentimiento de todas las personas involucradas (madre, marido, donante y, eventualmente, la esposa del donante).

Dr. Fanzolato: tené en cuenta que a cada hipótesis donde dice marido, debería decir también conviviente.

Dra. Solavagione: si, lo voy a agregar. Quiero resaltar la cuestión del derecho a conocer sus orígenes.

Dra. Wallace: debería decirse valorada judicialmente.

Dra. Solavagione: sigo con el trabajo: D) Garantizar que los datos identificatorios del donante quedarán fehacientemente registrados, a fin de que el anonimato del mismo NO SEA ABSOLUTO. D. 1) La cuestión del derecho a conocer sus orígenes. El Proyecto establece que en los casos de reproducción humana asistida, sólo se franqueará el anonimato del dador de gametos, en casos excepcionales, por razones fundadas y cuando haya riesgo para la salud del niño. Bajo el epígrafe “Derecho a la información en las técnicas de reproducción humana asistida”, se concluye en el art. 564, que en el supuesto de persona nacida bajo estas técnicas y *con gametos de un tercero*, si bien es cierto que esta circunstancia debería constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento -no indica cómo-, no utiliza la locución clave para entender el cercenamiento de derechos a que son sometidos los niños así obtenidos: el anonimato del donante o tercero. En efecto, en los casos de reproducción asistida se encuentran en colisión dos derechos constitucionales que, inevitablemente entrarán en pugna: el *derecho del tercero o donante de gametos a que se le garantice la confidencialidad* (el anonimato de esa decisión tan privada); y el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida a conocer su

verdad biológica. Verdad biológica por la que se luchó en las últimas décadas desde la democracia; paradigma que significó un gran avance para equiparar las filiaciones.

Dra. Wallace: una pregunta: la reglamentación que dice que en las actas de nacimiento no puede darse a conocer si es adoptado o no, que luego se reformuló, cómo quedó eso? Cómo sería en este caso?

Dra. Solavagione: se hace un acta nueva, pero nada impide que el adoptado vaya a averiguar cuales son sus orígenes.

Dra. Wallace: a eso me refería.

Dra. Solavagione: la idea no es hacer categorías, sino dar un tratamiento distinto. Eso lo digo en el trabajo: van a volver a existir hijos de primera e hijos de segunda categoría. Continuo entonces: Por eso decimos que hay un trato arbitrario entre los diversos tipos de filiaciones, inclinándonos a pensar que en esta última, existe una manifiesta discriminación hacia los hijos nacidos por esta vía, con gametos de tercero; máxime cuando están en juego las normas de orden público que rigen los impedimentos matrimoniales y no se ha reglamentado la forma y cantidad de donaciones de material que una persona puede realizar. Ello, no obstante lo dispuesto en el artículo 575: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que en la adopción plena”, pues, es imposible determinar quién es el padre o madre donante. Es forzosísima la analogía que se intenta realizar con el instituto de la adopción plena, pues se le reconoce al adoptado el derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos (art. 595), derecho a la identidad que se le niega al niño gestado artificialmente. Insistimos en expresar que estas normas crearán *categorías* de hijos, aquellos que pueden acceder a conocer su biografía, y aquellos a los que le es expresamente vedado. En consonancia con lo expuesto, se prescribe: “En los supuestos de determinación de la maternidad el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre”.

Dra. Wallace: la pregunta es: los niños gestados con este sistema, pueden impugnar su paternidad?

Dra. Solavagione: por qué a los chicos si no pidieron nada?

Dra. Wallace: un adoptado no puede impugnar la filiación adoptiva porque hubiese existido algún vicio.

Dr. Fanzolato: en el diario La Voz del Interior del domingo sale un artículo que habla de los derechos del niño.

Dra. Solavagione: sigo: En suma, la recepción legislativa de estas normas, transgrede principios de jerarquía constitucional al soslayar el interés superior del niño; el principio de veracidad biológica; el de equiparación de las filiaciones (hijos de 1º e hijos de 2ª); el principio de igualdad. Correlativamente, recibe un tratamiento desigual la paternidad-maternidad biológica, priorizando la voluntad de los que prestaron su consentimiento para ser padres, y deja sin respuesta la cuestión de los embriones supernumerarios o sobrantes obtenidos en laboratorios y su utilización o descarte. Esta discusión se dio en Europa, con el “caso Odievre”, priorizándose el derecho a la intimidad de la madre frente al interés de la persona a conocer sus orígenes. Lo incoherente de la cuestión, es que los autores de este proyecto de codificación, fueron acérrimos críticos de aquel fallo, que llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otro orden de ideas, y a los fines de levantar ese anonimato férreo, se puede aventurar posibles argucias tendientes a rastrear el origen biológico de un sujeto. Sostiene Chiapero que “la envergadura del derecho en juego permite presagiar que la presentación de un certificado médico que dé cuenta del padecimiento del concebido por desconocer sus orígenes, franqueará la revelación de la identidad del donante en la mayoría de los casos, toda vez que los jueces no podrán negar la incuestionable prerrogativa de todo ser humano a conocer la verdad acerca de sí mismo y sus orígenes. Consecuentemente, el anonimato quedará en jaque.” La cuestión del anonimato se tratará más adelante. E) Se ha soslayado deliberadamente la responsabilidad solidaria del científico que fabricó un niño. La disociación de la paternidad es una realidad traumática para cualquier ciudadano que la padezca, siendo el profesional actuante quien debe cargar con dicho gravamen. La inseminación artificial homóloga (IAC) y la inseminación artificial heteróloga (IAD) comenzaron a intensificarse como técnicas a principios de siglo en Rusia, Inglaterra, EE.UU. y Suecia. La utilización en forma clandestina de estos procedimientos, llevó a la necesidad de la reglamentación en los países de mayor operatoria, con la finalidad de ejercer controles estatales del funcionamiento de los centros de inseminación, exigir rigurosidad en la aplicación de técnicas, verificar la calidad genética del material y, en fin, ejercer una vigilancia adecuada de la actividad. Cuando existe ordenamiento legal de la nueva tecnología, se prevé la responsabilidad civil de los profesionales actuantes, el marco de funcionamiento, el control genético del semen a inseminar, el secreto profesional sobre el origen biológico por un número determinado de años, la conservación del material en perfecto estado, y en general los límites legales de la investigación y aplicación. Si como resultado de la inseminación artificial heteróloga nace una criatura con deformaciones físicas, consecuencia de la falta de control

genético del material utilizado, ¿cuál es la responsabilidad del médico y de la clínica? Según Messina de Estrella Gutiérrez: “Estamos en la órbita contractual (art. 520, 521 y 522 del C.C.), pues el profesional médico ha convenido expresamente con la pareja la inseminación utilizando esperma de un donante ya sea anónimo o bien, como suele ocurrir- por la falta de bancos de semen-, buscado y aportado por aquella. Más difícil es discernir si la obligación del médico es de medios o de resultados, o dicho de otro modo, cuál es el “deber jurídico” que asume el médico en esa obligación”. La autora entiende que debe distinguirse dos etapas: a) en la obligación de efectuar inseminación artificial a una paciente, el profesional no garantiza ningún resultado: no asegura el éxito del embarazo. Ni se puede garantizar el nacimiento de un ser humano, ni el embarazo, ni siquiera la propia fecundación. Por lo tanto en nada difiere la regulación de esta actividad médica jurídicamente, de las otras especialidades”... b) cuestión más delicada (y que hace al tema de los daños ocasionados a la paciente, por malformaciones del *nasciturus*) concierne a la determinación del tipo de obligación que asume el médico en cuanto a la seguridad del material y sus futuras consecuencias genéticas. Consideramos que se está frente a una obligación donde la onerosidad de la prestación, la calidad del bien jurídico involucrado, el carácter específicamente profesional de la actividad, ponen a cargo del médico la carga de probar la falta de culpa para liberarse de la responsabilidad (o en la terminología de Alterini: obligación de resultado atenuada)”. (...) “Bueres considera que en la hipótesis de fecundación asistida con semen de dador o donante (IAD), existe una obligación mayor para el profesional y los centros asistenciales quienes asumen una obligación tácita de seguridad, en la órbita contractual, en cuyo caso, la responsabilidad es objetiva y sólo se eximirá probando la reactivar del nexo causal”.

Dra. Wallace: y como quedaría el tema de las obras sociales?

Dra. Solavagione: la Dra. Chiappero habla de una mercantilización de este tema. Dice que si los médicos son los que estimulan esta técnica, pues sométanse a la responsabilidad objetiva. Sigo con el tema de embriones supernumerarios: F) La existencia y el destino de embriones supernumerarios que los padres biológicos dejan abandonados una vez formados, a pesar de haber pagado una cuantiosa suma de dinero. Esta problemática lleva a reflexionar si los padres que recurren a la Procreación Artificial, más que “querer AL hijo”, “quieren UN hijo”, por lo tanto: ¿NO SON TAMBIEN PADRES DE LOS OTROS EMBRIONES?

Dra. Wallace: y qué garantía hay que ese embrión no se implante a un ajeno?

Dra. Solavagione: es un ámbito contractual. Se pueden imponer cláusulas.

Dra. Wallace: por qué no agregamos la responsabilidad de la Obra Social?

Dr. Fanzolato: debería ser como pregunta.

Dra. Wallace: se agrega que debería hacerse extensiva la responsabilidad a la Obra Social interviniente, cuando la práctica es mutualizada incluye la imposición del profesional médico que debe efectuar dicha práctica.

Dra. Solavagione: con esto van a tener cuidado.

Dra. Wallace: se acuerdan del caso de la estimulación brutal que hubo a una joven para que sea madre, y tuvo una gestación traumática de octillizos? Luego fueron falleciendo todos.

Dra. Solavagione: como “ventaja” en el proyecto se le da amplias facultades al juez. A mi me horroriza que los legisladores se lavan las manos. Sigamos con los contratos de gestación por sustitución. El art. 562 establece el consentimiento (*lee el artículo*).

Dr. Fanzolato: y dice “la ley especial”.

Dra. Solavagione: estamos a tres años de la ... que regula todo lo que sea reglamentación ... Por eso, no dudo de la buena fe, pero la práctica me dice q las cosas son muy lentas. Sigo con el art. 562 (*continúa leyendo*). Consecuentemente con la voluntad procreacional como fuente generadora de vínculo filial, el Proyecto incorpora la maternidad subrogada como una alternativa a las personas que procuran obtener hijos. Se la denomina “gestación por sustitución”, denominando a la persona que encarga que la gestación la lleve a cargo otro: “comitente de la gestación”. El procedimiento se lleva a cabo mediante un contrato homologado ante un juez. El embrión producto de la unión de gametos de uno o más comitentes, puede ser implantado en el vientre de una mujer, quien acepta llevar adelante su gestación hasta el momento del nacimiento.

Dra. Wallace: es autorización u homologación? Por que no es lo mismo: en autorización hay mayor margen de discrecionalidad que en la homologación. El artículo es altamente conflictivo desde el momento que habla de dos funciones distintas del juez. Hay una defectuosa técnica de legislación en una materia tan sensible como esta. Cuál sería el alcance de la función del juez?

Dra. Solavagione: sigamos. La oposición a este tipo de convenios es tal que para evitar la sanción de nulidad de los actos jurídicos, invocada por autores que consideran este tipo de gestación como un contrato de objeto ilícito, el Proyecto incorpora la posibilidad de disposición y contratación sobre el cuerpo humano con fin afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y la maternidad subrogada engasta en los fines sociales, por lo que deberá concordarse esta norma, con el artículo 17 (*lee*). Silvana Chiapero aclara que la denominación utilizada en el proyecto de “gestación por sustitución”: “En primer término debo destacar que la utilización de la denominación “gestación por sustitución” en lugar de la comúnmente usada “maternidad subrogada” o “alquiler de vientres”, responde a que esta práctica fue pensada no sólo para parejas heterosexuales sino como alternativa para que un hombre solo o una pareja o matrimonio conformado por dos hombres puedan alcanzar la paternidad. A diferencia de todas las tipologías

admitidas, para esta práctica se establece la necesidad de un proceso judicial previo”. Respecto a los requisitos exigidos, continúa expresando: “Los requisitos referidos a la salud física y psíquica de la gestante como la limitación de las prácticas en una misma mujer aparecen como limitaciones razonables, máxime cuando no se establece edad límite ni para la gestante ni para los comitentes. Respecto al requisito consistente en que la gestante no haya percibido retribución, importan la intención de excluir la práctica de carácter lucrativo, instaurando lo que se denomina gestación altruista o vientre solidario, con la intención clara de evitar los “vientres mercenarios”. No obstante, advierte que la experiencia extranjera demuestra que en los países en que se permitió la práctica gratuita, la realidad superó a la ley, llegando a los Tribunales los casos de pagos en los que se discutió si éstos debían aceptarse como pagos razonables por los servicios padecidos por la gestante o repudiarse por constituir un *precio por el hijo*”. Este tipo de contratos han sido internacionalmente cuestionados, por agrupaciones defensoras de los derechos de género entre otros pues, sostienen que la mujer portadora se convierte en objeto, de tal forma que se la “cosifica”. Esa fundamental consideración a llevado al CAHBI a lanzar un urgente llamado a la sociedad, expresando su responsabilidad de “proteger a la mujer” contra todas las formas de explotación. Por ello se rechaza la maternidad subrogada, considerando nulos los contratos de subrogación y prohibiendo las agencias comerciales (intermediarios) que contrate a la madre subrogada o la publicidad sobre el tema. Más allá del rol objetivamente deshumanizado que el proyecto le asigna a la “gestante”, además existirá siempre la duda de si la mujer se sometió o no a esta práctica en forma gratuita. Procurando reflexionar de buena fe, cuanto menos los contratantes o comitentes, tendrán gastos de internación hospitalaria, seguro de vida, lucro cesante de la portadora, honorarios médicos u otras erogaciones que desnaturalizan la filiación, pues hay “una paga” que es ilógico la abone la gestante. Nos preguntamos si aquellos comitentes que “contraten” una madre portadora, le permitirán que se traslade al exterior, haga deportes de alto riesgo, fume, realice tareas inseguras que pongan en peligro el embarazo. Estimamos que la respuesta es negativa, con lo cual los derechos individuales de la “gestante” se ven efectivamente avasallados. Se trataría de un contrato de esclavitud, que repugna nuestro sentir.

Dra. Wallace: teniendo en cuenta el interés superior del niño ... los parámetros de salud, a denunciar si está enferma ... por que el juez no revisa el contrato.

Dra. Solavagione: pero no olvidemos que va a haber una ley especial.

Dra. Wallace: pero hay una incoherencia total.

Dra. Solavagione: no está prevista la existencia de cláusulas prohibidas. Por eso no se dicen las cosas negativas. Me pregunto: se va a obligar a la mujer que no fume, que no haga deportes, que no se traslade, etc.?

Dr. Almaraz: y a qué se obliga la mujer? Más allá de los fines altruistas.

Dra. Wallace: deberíamos poner como conclusión que al ser un contrato, no se logra advertir la contraprestación propia de la figura.

Dra. Solavagione: van a borrar el principio de la veracidad biológica, y ahora la 26.061. No la van a mencionar más, por que es contradictoria con todo esto.

Dra. Wallace: podemos poner eso: se ha soslayado la ley 26.061 que protege específicamente a los niños, niñas y adolescente, y que puede entrar en colisión con la maternidad subrogada.

Dra. Solavagione: sigo. En caso que sea un familiar próximo la gestante quien, con fines solidarios, lleve adelante el embarazo, ello nos parece inconveniente pues existiría una superposición de roles con derivaciones psicológicas inimaginables. Las disciplinas en salud mental tienen mucho que opinar sobre el particular. Respecto a la exigencia del inciso h), la intranquilidad del legislador por las consecuencias psicológicas que puede acarrear ser madre portadora, son evidentes, al imponer el previo alumbramiento de un hijo propio. La gestante llevará durante el lapso de nueve meses un ser humano, del cual se desprenderá entregándolo después del alumbramiento a terceros; las implicancias emocionales serán evidentes. Con el consecuente riesgo del cambio de opinión de la gestante y el potencial conflicto de intereses que se plantearán.

Dra. Wallace: el tema de la gestante es determinante. Nadie va a querer ser gestante.

Dra. Solavagione: sigamos. Enfoque desde la Psicología. Interrogantes a plantearse: se hace necesario abordar las implicancias emocionales que las prácticas de maternidad subrogada pueden ocasionar, no solo en la mujer portadora sino en el varón o la mujer que encomiendan este sistema. Ello demostrará la necesidad de un profundo debate previo a la instauración de estas experiencias. Diana Biágosch Speroni, licenciada en Psicología, egresada de la Facultad de Filosofía y Letras de la U.B.A, se especializa en violencia familiar y destaca la acción victimizante que entraña la procreación asistida, “con el ropaje de caritativa asistencia a quienes no pueden procrear”. ¿Qué se supone que sucede en el psiquismo de la “madre subrogada”? Quizás tenga confianza que no será vulnerada por los duelos que afectan al común de sus congéneres; omnipotencia; sentimiento que posee en cantidad inagotable la fecundidad que a otras les falta; intento de sobrecompensar una minusvalía (real o no) autopercebida; deseo de comprobar y demostrar su capacidad gestadora y alardear con ella; recurso a un suicidio simbólico representado por la elección (o al menos la aceptación) de gestar a un niño que ha de entregar al parir (provenga de su óvulo, es decir sea su hijo, o sea un embrión ajeno transferido a su útero); rasgos histéricos: se postula como protagonista, resguardando **la** fantasía de su no-involucración (será, pero no-será la madre). No habría que descartar una seria alteración del

sentido de la realidad. 2) ¿Ejercerá influencia en el niño que se gesta en madre subrogada, el psiquismo de ésta? Aunque el embrión provenga del óvulo de otra mujer (posteriormente transferido) y, por consiguiente, la madre sustituta carezca de vinculación genética con él, al igual que de las eventuales bocanada de humo de la gestante fumadora, el nuevo ser que crece en su interior participa de todo lo que afecte a la mujer que lo porta dentro suyo. 3) ¿Cuál será el estado psíquico de la madre subrogada, sabedora de que ha de separarse del niño cuando nazca? Padecerá el conflicto entre dejarse llevar y entregarse interiormente sin reservas al niño que se gesta en sus entrañas, o retraerse privándolo de su disposición afectiva por tratarse de un ocupante forzado de su interior que ha de ser expulsado al finalizar el lapso establecido, sin otorgársele la opción de llevar consigo nada de su primera morada, la que tampoco deberá conservar la impronta de su recuerdo. La preñez subrogada convierte a la mujer en portadora de una bomba de tiempo, debiendo cuidar que a la hora del necesario estallido no la destruya totalmente. Quizás evitará palpar a ese ser al que no debe amar para no sufrir en la separación. Antítesis de la imagen de la mujer que al cruzar las manos sobre su vientre gestante confiadamente contiene en ella todo el universo. ¿Que implicará para el niño el retaceo del oxígeno del afecto? ¿Qué sentimientos tendrá la madre subrogada hacia el dueño del gameto que se fundió con su óvulo originando al hijo que gesta? Posiblemente sentirá rencor porque no la consideró digna de ocupar ante el mundo el rango de esposa (prefiriendo a la estéril) y ser la madre proclamada del hijo de ambos. Desprecio por no haberse atrevido al compromiso del acto de la procreación y haber recurrido a técnicas afectivamente asépticas(o que tratan de serlo). Celos y envidia (hacia él y hacia su mujer) a quienes deberá entregar el niño y para quienes lo está gestando. 5) ¿Dejarán secuelas en el psiquismo del nuevo ser las técnicas de procreación asistida que lo produjeron? Algunos psicoanalistas aseguran percibir huellas en la conducta de sus pacientes de períodos prenatales muy tempranos, incluso de los estadios en los que el embrión navega por la Trompa de Falopio hacia el útero y flota dentro de él hasta anidarse. Si el pasaje natural, sin manipulación alguna, deja rastros detectables, alarma imaginar los que podrán producir la aventura inicial de la fecundación extracorpórea, los traslados impuestos al nuevo ser, los procesos de congelamiento y descongelamiento, la implantación en una nueva madre. Convertirlo por la fuerza en aventurero y emigrante, privado de la libertad de desarrollarse (castigo no imaginado por los más crueles sometedores), tratado como un alimento que se mantiene en el *freezer* para utilizarlo cuando apetezca, obligado a adaptarse a un nuevo medio al ser transferido al útero que no por ser el natural para los otros ha de serlo para él, si no que luego de la magnitud de las experiencias vividas, puede representar una absurda sumisión. Sería asombroso que un ser con tales inicios se avenga a una cotidianeidad sin sobresalto, y

pueda percibir sutiles matices de ternura, él, que fue formado en la fría reciedumbre y ha conocido los espacios infinitos, quizás sin el silencio al que se refería Pascal. 6) ¿Qué se supone que sucede en el psiquismo del hombre que desea un niño y recurre a la procreación asistida? Si es su mujer la poseedora de la deficiencia invalidante para la procreación: destacando su propia condición de “dotado”, efectúa un ofensivo alarde de “salud” y de carencia de solidaridad hacia su compañera, infligiéndole la injuria de recurrir a otra para los “servicios” que ella no puede brindarle. Satisface su deseo narcisista a través de su hijo (expresamente fabricado para ello) con total desinterés por los sentimientos de su mujer que ha de oficiar de madre y que, posiblemente será recriminada si no manifiesta júbilo. Si es él el poseedor de la deficiencia invalidante para la procreación y acepta un “dador”. La esterilidad es frecuentemente autopercebida por el hombre asimilada a la impotencia, fracaso, mutilación de su integridad; sentimientos que rechaza: apoyándose en sus deseos de originalidad; frivolidad; desprecio por los auténticos valores sociales; características psicopáticas (“él maneja la situación”); niega el duelo por el hijo matrimonial inalcanzado; no solo acepta, sino que busca lo que constituyó uno de los aspectos más execrados y temidos del adulterio: introducir forzada y clandestinamente a un ajeno en el linaje (conducta notoriamente distinta de la de quienes adoptan a un ser ya existente). Incluye en calidad de fantasma a un tercero en su vida familiar: el padre biológico, cuyo semen fecundó a su mujer y hacia quien, alternativamente, sentirá admiración y celos atribuyéndole, quizás, los rasgos, a sus ojos negativos, que eventualmente perciba en el niño. Baja autoestima que entraña el riesgo de pasar de improviso de la aceptación humillada de su minusvalía, al estallido violento”. (Fin de la cita). RETOMANDO LO JURIDICO. El debate claramente se necesita, no sólo por los argumentos expuestos desde otras disciplinas, sino por las normas jurídicas que se alteran.

Azpiri con dureza expresa su categórica oposición a este tipo de acuerdos. En efecto, sostiene: “Considero inmoral ese tipo de contratación que denigra a la mujer gestante y transforma al hijo en un objeto de negociación”. Pero, si se llegase a incorporar este acuerdo reproductivo, expone varias objeciones: Es difícil que el Juez interviniente aprecie que se ha tenido en cuenta el interés superior del niño que pueda nacer, pues en realidad se ampara la voluntad de los padres, toda vez que el hijo todavía no se ha gestado. La valoración de la plena capacidad física y psíquica de la gestante, exigiría una evaluación médica y psicológica de esa mujer no solo al momento de suscribir el contrato sino también durante el embarazo y el parto, lo que no se ha previsto. Peca de ingenuidad la apreciación subjetiva de que la gestante no haya recibido retribución. Invoca la cuantía justificada de los gastos médicos que solventarán los contratantes, valoración del lucro cesante de la gestante, imposibilidad del juzgador de previa verificación de la inexistencia de

efectiva retribución. La realidad indica que habrá onerosidad más allá de la previsión legal y esto desnaturaliza el fin de esta maternidad por sustitución. Por su parte, Sambrizzi considera que la mayor parte de la doctrina de nuestro país se halla conteste en que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona, que no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie. El convenio de alquiler de vientre se considera inmoral, en el derecho vigente se decretaría su nulidad absoluta conforme el artículo 953 del C.C. por ser su objeto ilícito, las personas están fuera del comercio. Síntesis de las observaciones del autor: La admisión de estos pactos puede significar un instrumento de explotación física y económica por parte de la mujer acomodada patrimonialmente que prefiere no pasar por las incomodidades del embarazo, hacia la mujer de escasos recursos que necesita desesperadamente un ingreso extra... Convenios de tal naturaleza dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución. “La capacidad generativa es **INDISPONIBLE, INTRANSFERIBLE Y PERSONALISIMA**”. “Un pacto de esa naturaleza se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de Orden Público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato”. Bajo el epígrafe que reza: “Se produce una relación especial durante el embarazo”, el jurista señala que existe un daño para el hijo al separarse ambos luego de pocos días de producido el nacimiento, receptando en su argumentación aquel enfoque psicológico que hablamos antes. Los requisitos del Proyecto para que el juez pueda autorizar la gestación, en especial alerta sobre el peligro de deslizarse hacia la **PENDIENTE EUGENESICA POR LA POSIBILIDAD DE ELECCION DE MUJERES DE LAS CARACTERISTICAS DESEADAS PARA SU INSEMINACION POSTERIOR GESTACION**. La exigencia de que la gestante no reciba retribución, desconoce la motivación de la gestación para terceros, que en la inmensa mayoría de los casos se practica mediante una retribución en dinero. Analizando la cuestión, con nitidez se visualiza que la temática excede el derecho, toda vez que las ciencias tienen su incidencia. MANIPULACION GENETICA PERFECTIVA. Hablábamos de los potenciales peligros que se avizoran, entre ellos y no es un tema menor, se encuentra la eventualidad de la selección genética. Y la pregunta clave sería: ¿Tienen derecho los padres para cambiar por sí la identidad del hijo por nacer? Opinamos que es altamente violatorio de los derechos humanos del niño por nacer, y a su propia autodeterminación, además de impredecibles consecuencias eugenésicas. Así, siguiendo a Graciela Messina de Estrella Gutiérrez entendemos que el mayor grado de peligrosidad para la especie humana es la *manipulación eugénica*. Opina la jurista: “*Manipulación eugénica*, destinada a modificar los rasgos humanos codificados por un gran

número de genes, determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc. Esta posibilidad de efectuar modificaciones masivas para seleccionar ciertas características de la población es claramente violatoria de numerosos derechos humanos”. “La genética estuvo frecuentemente ligada a políticas discriminatorias y genocidas. En los años 20 y 30 los Estados Unidos sancionaron leyes inmigratorias restrictivas contra determinados grupos étnicos considerados inferiores genéticamente. Al mismo tiempo, “se esterilizaron en los Estados Unidos unos 70.000 individuos con el pretexto de que sufrían problemas mentales, alcohólicos, etc. y argumentando que así se tendía al mejoramiento de la raza humana”... “En dicho país, conocidos genetistas (como Charles Davenport) apoyaron estas medidas, sirviendo de inspiración a los nazis para sus conocidas actividades”... . A principios de la década de los 70 (y evocando en parte las ideas del italiano Lombroso), se divulgó masivamente en los Estados Unidos la existencia del cromosoma “XYY”, el “cromosoma del crimen”, supuestamente causante de una personalidad violenta, propensa al delito y a las perversiones sexuales. En revistas científicas, destacados especialistas propiciaron abortos ante el diagnóstico de que un feto portara dicho cromosoma, habiéndose registrado algún caso de aborto en 1973 por tales circunstancias. La idea de la selección de los “buenos genes” y el descarte de los “malos”, no se hizo esperar”.

Dr. Fanzolato: no estoy de acuerdo con la maternidad subrogada. El trabajo de Chiappero es un trabajo estupendo y debería estar a disposición de todos para poder acudir.

Dra. Solavagione: en relación a la filiación post mortem, a mi no me gusta, pero no lo veo tan malo. Como regla general, la filiación post mortem no genera ningún vínculo con el fallecido, salvo que haya dado un consentimiento por escrito.

En este momento se retira el Dr. Fanzolato.

Dra. Solavagione: nos queda el 563 que es la filiación post mortem. Continúo: el Proyecto admite la posibilidad de la transferencia de embriones de una persona fallecida a su mujer. Se supedita la misma a la concurrencia de dos requisitos: el consentimiento informado y previo de la persona muerta, mediante escritura pública o testamento, en orden a transferir a la mujer, los embriones producidos por sus gametos. La segunda condición, es que impone un límite temporal: la implantación del embrión debe producirse dentro del año siguiente al deceso. No se autoriza la fecundación post mortem de gametos, sino la filiación post-mortem de embriones criopreservados. Es decir que, como regla general, se establece la privación del vínculo filial del hijo engendrado post mortem, para luego establecer una excepción: que el causante haya manifestado su voluntad POR ESCRITO de implantar sus gametos o embriones producidos con su semen.

Dra. Wallace: no se transfieren los gametos, si no el embrión producido con sus gametos. Eso hay que aclararlo.

Dra. Solavagione: sigo. Entonces de la conjunción de la regla general y de la excepción surge que la filiación dependerá de que el padre cumpla con UN REQUISITO ESCRITO y que la implantación se produzca dentro del año del óbito. Sojo²¹² expresa claramente que: “No existe diferencia ontológica entre los hijos nacidos dentro del marco de la primera parte del artículo 563 y los nacidos al amparo de la segunda parte y pueden ser incluso propios hermanos nacidos solamente por una separación de tiempo. Luego de mucho tiempo, el derecho moderno suprimió la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, estableciendo el sano principio de que no puede haber discriminación por razón de nacimiento. LA DISTINCION ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 563, VIENE EN LA PRACTICA, A RECREAR LA SUPERADA CALIFICACION DE LOS HIJOS EN LEGITIMOS E ILEGITIMOS. “Como solución legislativa nos parece preferible establecer la prohibición de la procreación post-mortem”. Esta práctica no es de uso frecuente, así el Comité Consultivo Nacional de Etica para las Ciencias de la Vida y la Salud de Francia, menciona que en ese país sólo existen uno o dos casos por año. España prevé la filiación post-mortem autorizada por escritura pública o testamento, dentro de los seis meses del fallecimiento, mientras que el Reino Unido y Bélgica, autorizan la práctica pero no le reconocen efectos filiatorios. Alemania, Dinamarca, Francia Italia y Suiza prohíben la utilización de gametos o embriones de personas muertas. Este método ha sido rechazado tanto en la práctica como en la doctrina, nacional e internacional. Se considera que se pretende gestar un niño premeditadamente huérfano de padre, solo por un interés egoísta de quien quiere continuar la representación del esposo a través de un hijo así producido. Las consecuencias psicológicas en el niño aún no han sido evaluadas por la escasez de casos registrados de filiaciones post mortem. No obstante lo cual, haremos las siguientes precisiones. La Constitución Nacional estipula la existencia de legislaciones que protejan los intereses de los niños, a efectos de evitar su desamparo, tanto moral como material. (art. 75 de la C.N.; tratados sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del niño, ley 23.849, incorporados al texto constitucional por el art. 75, inc. 22.). Algunos autores sostienen que la inseminación de una mujer con semen de su marido muerto no debe autorizarse, por ser contraria a la Constitución ya que la falta del padre impediría cumplir con el deber de prestarle asistencia. El hijo nacerá necesariamente sin padre. Azpiri opina que: “No es el caso de que un evento fortuito haya

²¹² **Sojo, Lorenzo A.:** “*Filiación post mortem en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4, Número 06, Julio de 2012. La Ley. Edición Especial. Buenos Aires, p. 135.

producido el fallecimiento luego de la concepción porque ello se encuentra dentro de las posibilidades naturales. Lo que sucede es que los interesados, en forma deliberada, han decidido que el hijo nazca sin padre, siempre que la concepción o implantación del embrión se produzca dentro del año del deceso”. Sambrizzi aporta un comentario del especialista en bioética y magistrado de Mar del Plata, Dr. Pedro Federico Hooft sobre la fecundación post mortem, valiosa para reproducir: “1. El derecho de todo niño de tener un padre y una madre, al ofrecerle mayores posibilidades de alcanzar un armónico desarrollo bio-psico-social y espiritual, debe prevalecer frente al deseo de la mujer de procrear al margen de un grupo familiar pleno; 2. Que la legitimación de la fecundación artificial en mujeres sola, CONTRARIA LA RAZON MISMA DE SER DEL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNICAS DE PROCREACION ASISTIDA; 3. Que, en principio, no parece razonable invocar un presunto derecho de la mujer de elegir el tipo de familia que desea constituir (monoparental), cuando esa prerrogativa ENTRA EN COLISION CON LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LAS EXIGENCIAS DEL BIEN COMUN”. No resulta conveniente regular la filiación post mortem, pues el eje del Interés Superior del Niño se ve claramente vulnerado al producir niños huérfanos, con riesgos para su salud. Todo niño tiene derecho a nacer en una familia constituida por el padre y la madre.

Dra. Wallace: No se contempla la identidad de la gestante. Antes del registro, se debe poner que no se ha contemplado el derecho al acceso a la identidad de la gestante que no aporta gametos, por la cual estimamos se debiera incluir como fundamental derecho a la información.

Dra. Solavagione: por eso digo que cada tipo de filiación tiene que tener un tratamiento distinto.

Dra. Wallace: la cláusula de la identidad se llama cláusula argentina, por que la delegación argentina fue la que sugirió la incorporación a la Convención.

CONCLUSIONES

1. Se advierte como necesario consignar la posible diferencia entre realidad biológica y realidad genética.
2. En el Art. 561 se señala: “son hijos”; debería decir son personas.
3. En el caso de la madre gestante, se observa que al ser un contrato, no se logra advertir la contraprestación propia de la figura.
4. Se ha soslayado la ley 26.061 que protege específicamente a los niños, niñas y adolescente, y que puede entrar en colisión con la maternidad subrogada.

5. Advertimos no se ha contemplado el derecho al acceso a la identidad de la gestante que no aporta gametos, por la cual estimamos se debiera incluir como fundamental derecho a la información.
6. Se sostiene que debería hacerse extensiva la responsabilidad a la Obra Social interviniente, cuando la práctica es mutualizada incluye la imposición del profesional médico que debe efectuar dicha práctica.
7. Se advierte que el Art. 562 es altamente conflictivo desde el momento que habla de dos funciones distintas del juez. Hay una defectuosa técnica de legislación en una materia tan sensible como esta. Cuál sería el alcance de la función del juez?

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:30 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente.

ACTA DE LA UNDECIMA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los veintiocho (28) días del mes de Agosto del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática **de la Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal, Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Título VI “Adopción” del Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “*Conclusiones*”.

ADOPCION EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

Informe elaborado por la Prof. Dra. Alicia García de Solavagione

En el Título 6 el Proyecto trata la filiación adoptiva, desde los artículos 594 al 637 inclusive.

A primera vista se advierte que la institución ha sido mirada con notorio disfavor -como lo sostiene Rivera²¹³, pero entiendo, además que con clara desconfianza hacia los intervinientes en el proceso que culmina con la adopción.

Son objeto de sospecha, en particular, la justicia especializada. Razón por la cual posee un rol desmedido el órgano administrativo otorgado por la ley 26.061, la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente de los Poderes Ejecutivos, tanto en la órbita Nacional como en algunas provincias que adhirieron a dicha ley, como es el caso de Córdoba. El papel que juega la Secretaría respectiva, es dirimente en materia filiatoria, a pesar que no ha sido dotada de recursos económicos ni humanos para poder ejecutar un plan de control y seguimiento de las familias biológicas.

²¹³ **Rivera, Julio César:** “*La proyectada recodificación del derecho de familia*”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4- Número 06- Julio de 2012, Edición Especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley, p.10.

El derecho positivo en la filiación adoptiva debe ir acompañado del asesoramiento de disciplinas indispensables para determinar el motivo por el cual una familia biológica, llega a desprenderse de un niño. La psicología, la sociología, el trabajo social de campo tienen mucho que hacer a ese respecto. Sin embargo, el Proyecto desconoce la realidad de la Argentina. Se legisla para países como Suiza, pero con el presupuesto de Burkina Faso. Para los niños **sin padres** nunca hay dinero, no son prioridad como consecuencia de que no votan. Para los otros, los que tienen madre o padre **(quienes sí votan)** se fijó la Asignación Universal por Hijo, interesante propuesta asistencial, sin analizar la intención política del órgano creador.

Estas nociones jurídicamente irrelevantes, obedecen a la necesidad de lograr **COMPRENDER** la manera que la filiación adoptiva ha sido despedazada en el Proyecto.

Análisis de los artículos sobre la base de los cambios detectados en el Proyecto²¹⁴

Cuando uno expresa “niños” se lo hace en forma genérica, pero reiterativamente se utilizan locuciones que son sinónimos, a manera de acentuar la importancia de los roles de género diferentes, siendo una forma coyuntural del habla, sin raigambre popular. Así, una y otra vez repite: “niños, niñas y adolescentes”, por lo que en este trabajo se utilizará el genérico “niños” y debe extenderse a toda la especie bajo análisis.

En el instituto de la filiación adoptiva proyectado, se establecen cuatro (4) procesos para llegar a la adopción: Uno administrativo y tres (3) judiciales, con lo cual como observa Medina existirá una cuádruplicidad procedimental. En la actualidad el trámite se conforma de dos partes: la Guarda Preadoptiva que dura de seis meses a un año y el juicio propiamente de adopción. Por lo tanto el proyecto burocratiza el proceso, al adicionar dos pasos más: uno previo que se tramita por vía administrativa, luego un juicio de declaración de adaptabilidad, similar al que realizaban los Jueces de Menores en Córdoba, con el denominado “Auto de Abandono”, en tercer lugar el proceso de guarda judicial preadoptiva y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción.

En todas estas instancias, administrativas o judiciales, las Resoluciones o Sentencias pueden ser apeladas. El O.A. tiene una participación preponderante, y es considerado parte en el proceso. Entonces, se observa como primera conclusión, que la injerencia Estatal es **considerablemente mayor** en la Adopción, al incorporar a la Secretaria como “parte” y aumentar sin necesidad los trámites. **La imprescindible celeridad del proceso se verá afectada**

²¹⁴ En este estudio, cobra importancia el análisis efectuado por **Graciela Medina** en: “Las diez grandes reformas al derecho de familia”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 - Número 06 - Julio de 2012, Edición Especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley, p. 20.

por la burocratización propia de los organismos públicos, como está sucediendo en la actualidad (informes que demoran hasta tres meses en casos de violencia familiar, entre otros datos de la realidad).

Sin incursionar en materia propia de la psicología, el proyecto parte de una premisa ilusoria: que la familia biológica siempre desea al niño; que todo niño tiene derecho a una familia pero ella DEBE SER LA BIOLÓGICA; que los progenitores de sangre son pobres a quienes se les retira los niños por esa razón para dárselos a personas pudientes; **de allí la superposición de procesos que tienden claramente a desalentar a quienes deseen adoptar.** Es en esta institución donde se advierte con mayor claridad la incidencia del subjetivismo ideológico de los autores del proyecto.

De manera tal, entiendo, que se intimida a quienes quieren ser padres adoptivos. Pero ello fue deliberadamente planeado. Doy razones: será, conforme a lo que se ha dicho sobre filiación por reproducción humana asistida, mucho más fácil recurrir a estas técnicas de fecundación artificial que adoptar, en particular cuando las técnicas tengan cobertura social: **otra clara concesión del Proyecto a los Laboratorios y Clínicas Especializadas en fecundación asistida.**

Siguiendo con el análisis, si se trata de niños huérfanos, sin filiación acreditada o habiéndose agotado todas las instancias a fin de conocer a sus familiares, deberán observarse los cuatro procesos señalados arriba. En el supuesto de niños abandonados, 1) **en primer lugar debe efectuarse un proceso de privación de responsabilidad parental**, 2) luego el proceso de guarda con fines de adopción, y 3) finalmente, el juicio de adopción propiamente dicho.

PRINCIPIOS GENERALES. Art. 595

Contradicciones con la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

El proyecto incluye un “Bill” de Principios generales que informan la institución. La primera contradicción que observamos es en los incisos b); c); d); y e) del art. 595 que rezan: “La adopción se rige por los siguientes principios:

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas.

e) el derecho a conocer los orígenes; ...”.

No es necesario advertir -por lo grosero- la evidente desigualdad de trato que recibe un tipo de filiación, la fecundación artificial (RHA) y la Adoptiva. Ello generará planteos de inconstitucionalidades referidas a la discriminación existente entre ambas tipologías filiatorias: violatorias del artículo 16 de la C.N., sin dudas. Se observa en la legislación propuesta muchas salvaguardias para que el niño no sea desprendido de su familia de origen.

En ésta se impone el principio de “veracidad biológica”, axioma al que hemos adherido incondicionalmente, en el respeto al derecho a la identidad de los niños a conocer sus progenitores de sangre. En el caso de la filiación por voluntad procreacional, ya expusimos cómo se obstaculiza la posibilidad de conocer su identidad biológica, prohibiéndose reclamar mediante acciones de estado de familia, vínculo jurídico alguno con el donante ni con, eventualmente, la madre subrogada. No existe manera extrajudicial, normal, de conocer quienes han sido los progenitores biológicos, ¿Y sobre el inciso c), éste no incluye en el término **“familia ampliada” a la gestante, o al donante anónimo?** Obsérvese que no dice padre o madre, sino que habla de “familia”. No nos extendemos más pues ya ha sido tratado anteriormente.

Ahora bien, respecto a los incisos c y d, los interrogantes a develar son si, los niños gestados artificialmente que quieran conocer su origen, y que solicitan al Juez autorización por “razones fundadas”, una vez concedido el permiso **¿tendrán derecho a que le sean preservados los vínculos fraternos y “el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos”, con otros niños concebidos con material del mismo donante, esto es, con quienes son técnicamente “HERMANOS”? ¿O con los propios hijos biológicos del donante, también hermanos unilaterales?**

La desigualdad luce evidente.

El Proyecto incorpora un artículo específico, **reafirmando la importancia que le asigna a la necesidad del adoptado a conocer sus orígenes**. El art. **596** bajo el epígrafe: “Derecho a conocer los orígenes”, establece la forma en que el niño puede concretar su intención de conocer el expediente judicial y demás información que conste en los registros judiciales o administrativos. La norma aborda la manera de hacerlo en forma exhaustiva, otorgando las herramientas necesarias a su disposición. El juez **DEBE** (en gral. el proyecto no utiliza el “debe” en la filiación artificial) disponer la intervención del:

- a) **equipo técnico del tribunal,**
- b) **del registro de adoptantes correspondiente o**
- c) **de los equipos interdisciplinarios de mediación.**

El expediente judicial y administrativo, **DEBE** contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la **IDENTIDAD, INCLUIDOS LOS**

RELATIVOS A ENFERMEDADES TRANSMISIBLES. Incluso está facultado para iniciar una ACCION AUTONOMA a los fines de CONOCER SUS ORIGENES. En todo caso debe contar con asistencia letrada. No comprendemos aún el porqué de la desigualdad de trato. ¿Es sólo un desdén por la adopción frente a la familia de origen? ¿No se advierte que el estatuto filiatorio proyectado fomentará la existencia de hijos de segunda categoría, mientras otros (biológicos y adoptivos) gozarán de todos los derechos humanos a conocer su linaje?

Por de pronto el panorama es complejo.

En cierta manera adherimos a lo sostenido por Ursula Basset²¹⁵ quien advierte la existencia de un difícil equilibrio entre el derecho del niño a desarrollarse en un ámbito estable familiar por un lado y la necesidad del Estado de procurar cumplir con el mandato de la CDN en el sentido de afianzar la familia de origen: “El problema es que el equilibrio es tan delicado, que si se acentúa demasiado el intento de salvaguardar la familia de origen, se corre el riesgo de que si ésta resulta finalmente disfuncional, el daño producido al desarrollo del niño será irremediable”.

La misma autora efectúa valoraciones finales preocupantes al expresar: “El Proyecto de C.C. presenta una legislación en materia de adopción que nunca pudo ser socialmente convalidada. Proyectos de Adopción con estos lineamientos se han proyectado a lo largo de los años sin poder prosperar. La elección de esta vertiente, sin concesiones, creará inevitablemente un proyecto que no responderá al sentir nacional adecuadamente. **En líneas generales, puede decirse que adoptar será más difícil, el proceso será más largo y más caro.** En consecuencia, no es previsible que a corto plazo esta legislación resuelva los grandes interrogantes que plantea la legislación de la adopción en la Argentina” (pág. 157).

Para conocer su identidad el Proyecto **no fija una edad límite** para acceder al expediente judicial o administrativo, si lo hubiere, sino que depende de la valoración que el Juez haga en concreto sobre el niño que aspira a acceder a él. Es decir que no sólo el mayor de edad podrá hacerlo sino que también un niño menor de edad, tendrá acceso a su expediente. Este respeto que la ley garantiza a conocer su origen, consagrado en el art. 595, es discutible al no estipular una edad a partir de la cual el sujeto puede hacerlo. Ello en razón de que no todas las personas están en condiciones de aceptar su previa historia personal, por ello la ley prevé un marco de

²¹⁵ Basset, Ursula C.: “La adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 -Número 06- Julio de 2012, Edición Especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley, p. 149 y ss.

contención adecuada (art. 596) mediante la intervención de los equipos interdisciplinarios. La necesidad de participación de estos dispositivos, englobados en Córdoba, bajo la denominación de “Dirección de Servicios Judiciales”, están colapsados por la ingente tarea que deben realizar a diario, por lo que el acceso al expediente puede verse demorado por motivos de sobrecarga funcional.

Basset agrega una preocupación adicional al respecto pues estima que no existe un diagnóstico previo requerido para establecer la madurez del niño para acceder al expediente, pudiendo implicar historias muy duras que no pueden ser procesadas por un niño de cualquier edad (un adolescente que esta facultado para ejercer “la acción autónoma con asistencia letrada”). Sostiene que parecía más prudente relegar y condicionar este momento a la madurez suficiente del niño, en interacción con los padres adoptantes que funcionan como un sistema en el que el niño se desarrolla. Con sabia experiencia, dice: **“Tratar a un niño como adulto, muchas veces no es respetarlo en sus derechos personales, sino adultizarlo artificialmente y por lo tanto exponerlo a retraso madurativo o incluso a crisis personales”**.

Hubiera sido deseable que se estableciera una edad como parámetro mínimo de acceso a conocer su identidad, incluso como medida para el propio Juez que en la farragosa tarea diaria, puede adelantarse y aceptar que un niño, sin la madurez ni preparación suficiente, tome contacto con su realidad anterior. No coincido con que se aplique el criterio de la capacidad progresiva: ello implicaría evaluaciones individuales largas e imposibles de llevar a cabo en los tribunales.

PARTES DEL PROCESO

Como corolario de esta mirada crítica hacia la Adopción y la desconfianza que genera para los autores del Proyecto, otra de las innovaciones es la incorporación del Organismo del Poder Ejecutivo dentro del proceso judicial, en calidad de **PARTE**.

En efecto, a la Secretaria de la Niñez, Adolescencia y Familia, se le da intervención en calidad **de parte**, tanto en el proceso de adopción, como en el de guarda con esos fines y en el de declaración de adoptabilidad, el que había ya intervenido en la etapa administrativa previa.

En otras palabras, el proceso se administrativizó con la consecuente e importante injerencia estatal.

En el derecho vigente, recordemos que el trámite era judicial y el O.A. no era parte, siendo el poder judicial quien controlaba el cumplimiento en definitiva del principio de best interest of a child (interés superior del menor).

El art. 608. “Sujetos del procedimiento”, dice: “El procedimiento que concluye con la declaración judicial de estado de adoptabilidad requiere la intervención:

- a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada, (como se observa, los funcionarios de los poderes judiciales son insuficientes para poder cumplir la multiplicidad de tareas que se les exige en orden a representar al menor);
- b) con carácter de parte, de los padres o de las personas que tienen al niño, niña o adolescente a su cargo (no dice quiénes pueden ser);
- c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d) del Ministerio Público.

El Juez TAMBIEN PUEDE ESCUCHAR A LOS PARIENTES Y OTROS REFERENTES AFECTIVOS”. Todo ello con participación del gabinete interdisciplinario.

Este último párrafo es altamente nocivo, pudiéndose convertir en un auténtico VALLADAR para que el proceso de adopción se pueda llevar a cabo. Si el niño proviene de una familia que no reside en la jurisdicción del proceso, agotar (como dice el art. 595, inc. c.) la búsqueda de familiares de origen, de todos sus parientes, además de quienes ostenten el papel de “referentes afectivos”, es una genuina DENEGACION DEL OTORGAMIENTO DE LA ADOPCION, bajo el ropaje de defender las raíces biológicas del niño. Es otro artificio en contra de la institución, pues no se aclara expresamente a qué parientes alcanza la norma, ni tampoco quiénes pueden ser LOS REFERENTES AFECTIVOS!!!!

En el art. 607 se fija que el O.A. deberá dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y dicho dictamen debe comunicarse al juez interviniente dentro del plazo de 24 hs. Art. 608: en dicho proceso de adoptabilidad el O.A. también es parte procesal, pero no se aclara cuales serán sus funciones. En el art. 613 que trata de la elección del guardador e intervención del organismo administrativo, se establece que el O.A también técnicamente es parte en el proceso de guarda preadoptiva y con facultades para participar de la selección de los registros de adoptantes. El juez selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes.

A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, puede requerir la colaboración de la autoridad administrativa que intervino en el proceso de declaración de estado de adoptabilidad, organismo que puede comparecer de manera espontánea.

Estado de adoptabilidad

El vocablo “estado” debiera ser reemplazado por el de “situación” de adoptabilidad, considerando que cuando nos referimos a estado de adoptabilidad, se podría inferir que se trata de un estado de familia específico.

El art. 607 fija los presupuestos de la declaración de adoptabilidad, como vimos comprende a los niños sin filiación establecida o que hayan fallecido sus padres, debiendo agotarse la búsqueda de familiares de origen por parte del O.A. en un plazo máximo de 30 días prorrogables por otros 30 más por razones fundadas. También pueden ser declarados en situación de adoptabilidad aquellos cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento.

Por último, cabe el estado de adoptabilidad para aquel niño que permanezca en situación de riesgo, a pesar de las medidas excepcionales tomadas en razón de la ley 26.061, de mantenerlo en su familia de origen y que éstas no hayan dado resultado en un plazo máximo de 180 días.

Cumplido el plazo de 180 días sin poder solucionar la situación del niño, el O.A. que tomó la decisión DEBE DICTAMINAR SOBRE LA SITUACION DE ADOPTABILIDAD. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de 24 hs. En ese momento se iniciará el juicio de preadoptabilidad.

En el **art. 609** se establecen las reglas del procedimiento para obtener la declaración judicial del estado de adoptabilidad. Entre ellas, que deberá tramitarse ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales, sin aclarar a qué medidas excepcionales se refiere.

Se estipula una entrevista personal obligatoria del juez con los padres si el niño los tuviere, y con el niño cuyo estado de adoptabilidad se tramite.

La entrevista personal a primera vista pareciera no ser de utilidad, en los supuestos por ejemplo que el niño haya nacido en extraña jurisdicción, por lo que como advierte Medina²¹⁶: “La entrevista con los padres puede constituirse en un elemento retardatario, cuando el tribunal se encuentra obligado a la búsqueda de los progenitores para notificarlos a los largo y ancho del territorio argentino, sumado a que muchas veces se trata de personas que se desplazan, con lo cual pueden pasar años de búsqueda del domicilio paterno, siendo la notificación ficta la ultima ratio de la ley”.

²¹⁶ Medina, Graciela: ob. cit. p. 21

CAMBIO EN LA CONCEPCION DE LA ENTREGA EN GUARDA

Una cuestión novedosa que incorpora el proyecto es la **eliminación del ABANDONO y el DESAMPARO** como causal de entrega en guarda con fines de adopción.

Cafferata²¹⁷ estima sobre la figura que: “El abandono es una situación de hecho que, de ordinario, provoca la intervención judicial. Existe abandono cuando el o los progenitores abdican de cumplir con los deberes que les impone la patria potestad respecto de sus hijos cuya formación integral y cuidado de su vida y salud se encuentran a su cargo”.

El derecho vigente establece que el niño puede ser entregado en guarda preadoptiva cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, comprobada por la autoridad judicial.

Esta comprobación del desamparo efectuada por el Poder Judicial, no es causal de extinción de la Patria Potestad, situación que resulta confusa en el Proyecto pues no se comprende si es necesario o no la privación de la P.P. como condición de procedencia para la declaración de adoptabilidad.

En el proyecto desaparece el concepto de desamparo de la niñez, para ser reemplazado por “complejas fórmulas que requieren una dosis de burocracia (se mencionan expresamente los organismos administrativos que intervendrán previamente) (Basset). Los padres biológicos deberán consentir siempre, salvo que hayan fallecido, hayan sido privados de la responsabilidad parental o las medidas que la ley 26.061 hayan fracasado. Deberán consentir aún si han abandonado a sus hijos en instituciones por períodos muy prolongados. Según Basset: “Esto podría prestarse a las consabidas manipulaciones de padres adoptivos. No se prevé mecanismos para evitarlas” (pág. 157).

Como vimos, **no** se menciona al desamparo ni al abandono como situaciones que habiliten la guarda preadoptiva y a la adopción propiamente dicha. Sólo se alude al abandono del niño en el art. 700 del proyecto cuando se trata la privación de la P.P., en el inciso b) que expresamente dice: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental: ... *b) por el abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aún cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero*”.

²¹⁷ **Cafferata, José Ignacio:** “Problemática fáctico-jurídica de la guarda y adopción de menores”. Ed. Advocatus. Córdoba. 1996, p. 27.

A este respecto Medina²¹⁸, también alberga dudas: “Por otra parte al mencionarse a las personas que pueden ser adoptadas se hace referencia a quienes se encuentran privados de la autoridad parental. De allí que pareciera colegirse que **a diferencia del régimen vigente** en el sistema que se propone cuando media abandono del hijo **hace falta un juicio de privación de la patria potestad en lugar de el proceso de declaración de adoptabilidad**”.

Entonces los interrogantes a plantear conjugando los artículos 597²¹⁹ y 625²²⁰ inc. b) son:
a) si la privación de la patria potestad debe hacerse **antes** de la iniciación del juicio de adopción?
b) si la sentencia que hace lugar a la adopción contiene en sí la declaración de privación de la patria potestad? Creemos entender que no es necesaria una declaración de pérdida de patria potestad previa a la iniciación del juicio de adopción. En el segundo cuestionamiento, sostengo que el solo hecho de hacer lugar a la petición de preadoptabilidad entraña, implícitamente, tal declaración.

A su vez, Hernández²²¹ opina que: “Empero, en el Proyecto la declaración de estado de adaptabilidad equivale a la privación de la autoridad de los padres”.

El art. 610 y con el título de “Equivalencia” establece que la sentencia de Privación de la Responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad. Esta norma, a mi juicio razonable, no obstante luce contraria al espíritu del resto del plexo normativo en materia adoptiva, que sacraliza la familia biológica al procurar por todas las vías posibles la búsqueda y aceptación del niño. Aparece drástica colisionando con el resto de los principios generales.

EN ESTE PUNTO ADHERIMOS A:

1. **LA ADOPCION POR PARTE DE CONVIVIENTES.**
2. **SUPRESION DE LA CONDICION DE DURACION DE 3 AÑOS DEL MATRIMONIO.**
3. **LA SUPRESION DE LA ESTERILIDAD MATRIMONIAL PARA LEGITIMAR LA ADOPCION, SIN EDAD LEGAL.**

²¹⁸ Medina, Graciela: ob. cit. p. 21.

²¹⁹ Art. 597: “*Personas que pueden ser adoptadas. Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental ...”.*

²²⁰ Art. 625 inc. b): “*Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental ...*”.

²²¹ Hernández, Lidia B.: “Una primera mirada a la institución de la adopción plena en el Proyecto”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año 4 - Número 06 - Julio de 2012, Edición Especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley, p.163.

4. LA DISMINUCION DEL PLAZO DE GUARDA CON FINES DE ADOPCION DE 1 AÑO A 6 MESES.
5. LA DISMINUCION DE LA EDAD MINIMA PARA ADOPTAR DE 30 A 25 AÑOS.

Otra de las grandes innovaciones, en consonancia con la nueva Ley de Matrimonio Civil y la regulación de las Uniones Convivenciales, es la aceptación de que los convivientes puedan adoptar conjuntamente, como una manera de evitar las desigualdades entre familias. Aceptamos esta modificación en consonancia con los diferentes modelos familiares.

DISMINUCION DE LA DIFERENCIA DE EDAD ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO

Se reduce la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la que queda fijada en 16 años, salvo en el caso de la adopción de integración.

Se ha sostenido que es una ventaja pues se amplía el número de posibles adoptantes. La justificación no es válida, pues los sujetos inscriptos en los Registros Únicos de Adopción y Guarda son numerosos, no así los niños en situación de adoptabilidad. Esta reducción de edad no nos parece positiva, pues se pierde el objetivo de que la filiación adoptiva sea lo más parecida a la proveniente de la biología, que iluminó la institución de la adopción.

Basset estima que: “La diferencia de edad no solo favorecía la privacidad familiar, sino también constituía un modo de asegurar la idoneidad de los padres. A mayor distancia entre el hijo y su padre, mejor acumulación de experiencia para educar a su hijo. Creemos que debe volverse a la diferencia de 18 años de edad y que reducir la diferencia bajo la apariencia de ayudar a amplificar el número de adoptantes, compromete derechos de los niños.” “Los adoptantes ya abundan, lo que es necesario es que la infancia en situación de abandono pueda ser cuidada por los muchos adoptantes que ya hay. No hace falta sin ampliar la lista”.

Por su parte Medina opina (pág. 23): “Creemos que el cumplimiento de este requisito es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno-filial natural, en el cual, normalmente, existe una cierta diferencia de edad entre los progenitores y el hijo”.

Nuestra opinión: La filiación adoptiva tiene su razón de ser en el interés superior del niño, y el vínculo creado se verá sustentado con mayor intensidad en la estabilidad y madurez que el pretense padre muestre para afrontar el proceso. La diferencia de edad luce, entonces, como una condición importante para ser un padre experimentado, pues la brecha generacional disminuye las tribulaciones y generan seguridad y confianza en la parentalidad.

En conclusión, creemos que debe mantenerse la diferencia de 18 años entre adoptante y adoptado.

REQUISITOS PARA SER ADOPTANTES

Art. 613. El Juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes, la apreciación de la idoneidad de aquellos queda librada a su arbitrio. Basset declara: “En cuanto a los adoptantes, se desplaza el eje en torno al escrutinio de idoneidad de los adoptantes. Mientras que la legislación anterior determinaba pautas consonantes con las reglas emanadas de los Tratados Internacionales, la legislación proyectada sujeta el asunto a la prudencia judicial”.

En el art. **602** establece que las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente. Ursula Basset considera que existe en el proyecto una auténtica discriminación en contra de los matrimonios y las uniones convivenciales como pretendientes adoptantes. Al analizar este artículo expresa: “La ley no protege la estabilidad de la convivencia como requisito de idoneidad preferido. Se prefieren vínculos unipersonales fuera de la pareja o vínculos bilaterales fuera de una modalidad de pareja. Los cónyuges y convivientes son el adoptante más relegado de la ley. Los cónyuges y convivientes quedan excluidos de cualquier tipo de adopción unilateral”. Es decir, cualquier persona puede adoptar conjuntamente, ahora bien, las personas casadas solo pueden hacerlo de ese modo”. Y concluye: “Es de resaltar que no hay un perfil neto respecto del tipo de adoptante preferido por la ley. Lo único que queda claro es que los matrimonios y las uniones de hecho resultan marginados a la adopción conjunta, sin demasiados recaudos de estabilidad.

Pareciera que se sigue prefiriendo la adopción unilateral, que sin embargo empobrecería la riqueza de la crianza paterna-materna de que sí gozan la mayoría de los niños nacidos en las familias argentinas. Es verdad que la ley sigue el criterio de la neutralidad de género, por eso no cabe en ella el rol paterno y materno, aún cuando ello implica deshacer la imitación a la familia biológica, criterio que había presidido desde siempre la institución adoptiva”.

OTRA INNOVACION: MAYOR PARTICIPACION DEL NIÑO EN EL PROCESO.

El niño cobra mayor preponderancia en el proceso, la que puede observarse en las siguientes situaciones:

- a) En el trámite de declaración de adoptabilidad se prevé que el niño sea PARTE (art. 608), si tiene edad y grado de madurez suficiente, con asistencia letrada.
- b) En la guarda judicial: citación del niño cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 613).

- c) En la regulación del juicio de adopción, el niño que será adoptado es PARTE procesal, según su edad y grado de madurez (art. 617, inc. a), con asistencia letrada. El Juez debe oír personalmente al pretense adoptado y debe tener en cuenta su opinión (art. 617, inc. b). la ley no prevé un límite de edad a este respecto, por lo que colegimos que el Juez se verá obligado a atender a todo niño, aún aquellos de corta edad.
- d) El pretense adoptado mayor de 10 años, debe dar su consentimiento expreso (art. 617 inc. c). Prestar su consentimiento va mucho más allá que “ser oído”. Existe la posibilidad que el niño o adolescente rechace su propia adopción, ejerciendo una especie de obstáculo que el Juez no podrá eludir, impidiendo la prosecución del proceso de adopción pues el consentimiento del niño es necesario para perfeccionar el acto.

Basset estima que es una edad muy temprana para el derecho a veto, que ni siquiera queda regulado con la valoración de la madurez (capacidad progresiva). La ley española, requiere que sea solamente oído el mayor de 12 años. “Impensable que un niño de 10 años pueda vetar su propia adopción, según dicho sistema. Sería preferible subir la edad, si se quiere establecer un tal derecho a veto, y valorar el veto según la condición personal del niño y su propio mejor interés”.

Por nuestra parte consideramos que es un absurdo procesal, basada en la sinuosa interpretación ideológica que los autores tienen del proyecto, otorgar a un niño de 10 años la posibilidad de DECIDIR lo que mejor comprenda sus intereses espirituales, morales y económicos, pues no tiene la madurez suficiente para resolver su futuro. Aquí no se trata de oírlo sino nada menos que de PRESTAR CONSENTIMIENTO UN NIÑO. ¿Qué sentido tiene?

Actuará motivado quizás por caprichos o arrebatos emocionales propios de su niñez, perdiendo la oportunidad de integrarse a una familia que lo contenga.

REGULACION DE LA ADOPCION DE INTEGRACION

Además de la adopción plena y la adopción simple se regula en los artículos 597, 599, 603, 631 y 632, la adopción de integración.

DEFINICION: Art. 620: “La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la sección 4º de este capítulo”.

Se caracteriza por que: El adoptado puede ser mayor de edad; el adoptante puede prescindir de la diferencia de edad si adopta al hijo del cónyuge o conviviente; el cónyuge y conviviente adoptan en forma unilateral y no conjunta, lo que constituye una excepción a las pautas previstas para la adopción conjunta; la adopción de integración no requiere de guarda

preadoptiva; el adoptante no requiere estar inscrito en el registro de adoptantes; el cónyuge y el conviviente del adoptado no pierde el ejercicio de la responsabilidad parental ni la administración y usufructo de los bienes de sus hijos.

Respecto a la forma en que se otorga la adopción de integración produce los siguientes efectos:

Si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado, si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen, el Juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

REGULACION DE LAS RELACIONES CON LA FAMILIA BIOLOGICA

En el proyecto se contempla la vinculación del niño con la familia biológica. En el art. 621 cuando expone las facultades judiciales, fija que será el Juez el que otorgará la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente el interés superior del niño.

En el segundo párrafo dice: “Cuando sea más conveniente para el niño a pedido de parte o por motivos fundados, el juez puede mantener **subsistente el 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. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”.Aclaración previa: No desconocemos el derecho que tiene toda persona a vivir con su familia biológica, de la que no puede ser privado por institución alguna y sin causas justificadas establecidas por ley en beneficio del mejor interés del menor. Pero, sin perjuicio de la opinión que merezca la Corte de la época, el caso “Evelyn Vázquez Ferra” reconoce el derecho del individuo a no querer conocer esa verdad biológica, y a oponerse a mantener vínculos con sus parientes de origen.

Este propósito de continuar el vínculo con la familia de origen, expone un claro sesgo autoritario pues puede suceder que, en casos que han tenido trascendencia mediática, es la propia familia biológica la que expulsa –expresa o implícitamente- al niño, abdicando de sus obligaciones paterno- filiales, mediante conductas violentas que aumentan año a año. Las estadísticas de la SENAF así lo demuestran. Con la intención de aparentar una sociedad artificial, la familia de origen es mirada **SIN OBJETIVIDAD**, culpabilizando siempre a terceros de sus proceder, en especial a una variable ajena a la cuestión pero DE ALTISIMO

COMPONENTE IDEOLOGICO: **la pobreza**. El Proyecto sospecha, prejuzga, desconfía sin ocultación de la Adopción. Ergo, que el niño no pierda contacto con la familia de sangre, aun cuando hayan sido éstos sus victimarios.

Hernández, en el trabajo citado expresa: “No entendemos a la adopción como hemos escuchado en algunos medios de prensa a operadores del sistema de protección de menores, como una institución que SE NUTRE DE LOS NIÑOS POBRES PARA DARLOS A FAMILIAS CON RECURSOS. **Ello implica un prejuicio ideológico en contra de la adopción**. Diversamente, la entendemos como aquella institución que cuando se han vulnerado los derechos de la niñez, sea por abandono material o moral, abusos, violencia constituye el mejor medio para cumplir con el derecho de los menores a vivir en un entorno familiar” (pág. 160).

La regulación de la Adopción Plena, que se ve relativizada al mantenerse los lazos con la familia de origen (art. 619 y 621), manteniendo su irrevocabilidad.

No participamos que en la adopción plena el Juez pueda mantener los vínculos jurídicos con la familia de origen, como lo propone el art. 621. La Adopción plena presupone una desvinculación con la familia biológica porque ésta no existe o no ha cumplido con sus obligaciones legales hacia el niño. Se verá afectada no solo la relación entre padres adoptantes e hijos adoptivos y su necesaria integración con su nueva familia, sino que se compromete seriamente al niño al exigirle la obligación de DECIDIR MANTENER VINCULOS CON SUS PARIENTES, reclamándole la toma de decisiones que no está en condiciones de asumir dada la culpa que le generará optar por visitar o no a su familia de sangre. Se lo coloca al niño en un profundo dilema existencial, situación que vivirá con mucha tensión y le impedirá vivir su infancia acorde a su edad.

Para mayor claridad, Hernández nos ilustra: “Por ende, este tipo de adopción no tiende a preservar vínculos anteriores sino a crear nuevos vínculos con una nueva familia. Permite dar al niño una identidad filiatoria de la que carece”. En definitiva al igual que en épocas pasadas se hablaba del horror de la adopción (Molinario), actualmente la desvalorización de la adopción plena responde a prejuicios difíciles de disimular.

En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Dra. Solavagione: parto de la observación que hace Rivera, que dice que la adopción es mirada con notorio disfavor. Hay que tener presente que parece que vuelven las críticas como las que hizo Alberto Molinario, en su artículo “de la inconveniencia de la adopción” , hablando del “horror de la adopción” en el año 1966. Evidentemente, si hubieran podido aniquilar la adopción, lo hubieran hecho. Igualmente, creo que con el Proyecto lo han hecho. Hice una síntesis de lo que pienso sobre cómo pretenden que sea la figura ahora: 1) se establecen 4 procesos para llegar a la adopción: uno administrativo y tres judiciales, es decir, hay cuadruplicidad procedimental. Además, el órgano administrativo es parte en cada uno de los 4 procedimientos, y en cada etapa la sentencia puede ser apelada: según Graciela Medina, se produce un efecto retardatario; 2) se administrativiza el proceso, dando intervención en calidad de parte al ente administrativo. Es decir, va a ser el encargado de avisar al juez, determinado en el 607. 3) se regula la declaración de adoptabilidad: son partes el niño, los padres, el organismo administrativo, el Ministerio Público. Además, se tiene la obligación de escuchar a los parientes y al gabinete interdisciplinario, y recién después se le avisa al juez. 4) se elimina el abandono como causal de entrega en guarda. 5) los convivientes pueden adoptar en forma conjunta. 6) se disminuye la edad para adoptar, de 30 a 25 años. 7) se suprime la duración de los tres años en el matrimonio. 8) se suprime la esterilidad en el matrimonio. 9) se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, pasa de 18 a 16 años. 10) el mayor de 10 años debe dar consentimiento para su adopción. 11) se regula la adopción de integración. 12) se regulan las relaciones con la familia biológica. 13) disminución del plazo de guarda de un año a 6 meses. 14) falta de claridad en la determinación de la competencia en la guarda con fines de adopción. 15) relativa aceptación de la guarda de hecho. 16) determinación de la competencia en juicios de adopción. 17) intervención judicial de oficio en juicios de adopción. 18) la adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen, está en los arts. 629 y 621. 19) en la adopción plena se permite la investigación de la familia biológica a los fines de sucesorios. El proyecto sigue los lineamientos de la 26061, a pesar que es una ley que no necesariamente debe ser seguida por las provincias. Vamos a ver cada uno de los puntos: empecemos por la cuadruplicidad procedimental.

Dra. Wallace: a mi me parece absolutamente innecesario ese tipo de procedimiento.

Dra. Solavagione: (*lee el art. 596*). Habla de un derecho a acceder al expediente judicial. Amplitud de información a fines de verificar la identidad biológica.

Dra. Wallace: hay una reglamentación que va en contra del derecho de fondo. El 597 exige cuestiones graves para acceder a la identidad. Por eso hay discriminación, entre procreación

asistida y adopción. Y en el caso de la portadora, recordemos, como no aporta material genético, nunca se va a poder saber quien es: la identidad esta vedada.

Dra. Solavagione: podemos decir que el Proyecto establece un doble sistema: se advierte que se le dio un tratamiento diferente a la fecundación asistida que en la adopción, siendo amplísima en esta última y en la otra prácticamente inaccesible. Habría un doble juego de derecho a la identidad.

Dra. Wallace: el problema es el paréntesis que se la hace a las técnicas: hay un momento en el cual no se puede averiguar. A ver: hay tres sistemas de filiación: por naturaleza, por adopción y por fecundación asistida. En la filiación por naturaleza hay un basamento sobre la biología: si no coinciden vínculos biológicos y jurídicos, hay una legitimación activa muy amplia. Claramente tiene preeminencia este aspecto. En la filiación por adopción, aunque se base en una sentencia, hay muchas herramientas en las cuales el futuro adulto puede acceder a su verdad biológica. En cambio, no solo no se puede en las técnicas, sino que además queda al margen. Es mucho más grave que la simple contraposición con la adopción, va en contra del sistema en su conjunto, y encima esto es por razones económicas, que es lo peor.

Dra. Solavagione: pareciera que la filiación adoptiva y en la por naturaleza, tienen el mismo peso el derecho a la identidad. En cambio, en la fecundación asistida, se invierte.

Dra. Wallace: es una excepción gravísima en las técnicas.

Dra. Solavagione: creo que en la adopción se ha exacerbado peligrosamente al vínculo con la familia biológica. Se le da excesiva preponderancia a la biología.

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:30 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente.

ACTA DE LA DUODECIMA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los cinco (05) días del mes de Septiembre del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática de la **Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal, Ab. Esp. Nélica Mariana Wallace y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Título VI “Adopción” del Libro Segundo “Relaciones de Familia” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “*Conclusiones*”.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Dra. Solavagione: *comienza a leer el trabajo realizado (ver Fundamentos):* En el Título 6 el Proyecto trata la filiación adoptiva, desde los artículos 594 al 637 inclusive. A primera vista se advierte que la institución ha sido mirada con notorio disfavor -como lo sostiene Rivera-, pero entiendo, además que con clara desconfianza hacia los intervinientes en el proceso que culmina con la adopción. Son objeto de sospecha, en particular, la justicia especializada. Razón por la cual posee un rol desmedido el órgano administrativo otorgado por la ley 26.061, la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente de los Poderes Ejecutivos, tanto en la órbita Nacional como en algunas provincias que adhirieron a dicha ley, como es el caso de Córdoba. El papel que juega la Secretaría respectiva, es dirimente en materia filiatoria, a pesar que no ha sido dotada de recursos económicos ni humanos para poder ejecutar un plan de control y seguimiento de las familias biológicas. El derecho positivo en la filiación adoptiva debe ir acompañado del asesoramiento de disciplinas indispensables para determinar el motivo por el cual una familia biológica, llega a desprenderse de un niño. La psicología, la sociología, el trabajo social de campo tienen mucho que hacer a ese respecto. Sin embargo, el Proyecto desconoce la realidad de la Argentina. Se legisla para países como Suiza, pero con el presupuesto de Burkina Faso. Para los niños sin padres nunca hay dinero, no son prioridad como consecuencia de que no votan. Para los otros, los que tienen madre o padre (quienes sí votan) se fijó la Asignación Universal por Hijo, interesante propuesta asistencial, sin analizar la intención política del órgano creador. Estas nociones jurídicamente irrelevantes, obedecen a la necesidad de lograr comprender la manera que la filiación adoptiva ha sido despedazada en el Proyecto. Análisis de los artículos

sobre la base de los cambios detectados en el Proyecto. Cuando uno expresa “niños” se lo hace en forma genérica, pero reiterativamente se utilizan locuciones que son sinónimos, a manera de acentuar la importancia de los roles de género diferentes, siendo una forma coyuntural del habla, sin raigambre popular. Así, una y otra y otra vez repite: “niños, niñas y adolescentes”, por lo que en este trabajo se utilizará el genérico “niños” y debe extenderse a toda la especie bajo análisis. En el instituto de la filiación adoptiva proyectado, se establecen cuatro (4) procesos para llegar a la adopción: Uno administrativo y tres (3) judiciales, con lo cual como observa Medina existirá una cuádruplicidad procedimental. En la actualidad el trámite se conforma de dos partes: la Guarda de hecho que dura de seis meses a un año y el juicio propiamente de adopción. Por lo tanto el proyecto burocratiza el proceso, al adicionar dos pasos más: uno previo que se tramita por vía administrativa, luego un juicio de declaración de adaptabilidad -similar al que realizaban los Jueces de Menores en Córdoba, con el denominado “Auto de Abandono”-, en tercer lugar el proceso de guarda judicial preadoptiva y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción. En todas estas instancias, administrativas o judiciales, las Resoluciones o Sentencias pueden ser apeladas. El O.A. tiene una participación preponderante, y es considerado parte en el proceso

Dra. Villagra: el organismo administrativo es una persona única, o tiene delegación? Quién interviene? Me preocupa la unidad de criterio. Si no es una misma persona o un grupo reducido, no habría igualdad de trato, no hay un trato igualitario si no se responde a una directiva.

Dra. Solavagione: no se puede hablar de unidad de criterio porque es todo administrativo. Son equipos técnicos. Continúo: Entonces, se observa como primera conclusión, que la injerencia Estatal es considerablemente mayor en la Adopción, al incorporar a la Secretaria como “parte” y aumentar sin necesidad los trámites. La imprescindible celeridad del proceso se verá afectada por la burocratización propia de los organismos públicos, como está sucediendo en la actualidad (informes que demoran hasta tres meses en casos de violencia familiar, entre otros datos de la realidad). Sin incursionar en materia propia de la psicología, el proyecto parte de una premisa ilusoria: que la familia biológica siempre desea al niño; que todo niño tiene derecho a una familia pero ella DEBE SER LA BIOLÓGICA; que los progenitores de sangre son pobres a quienes se les retira los niños por esa razón para dárselos a personas pudientes; de allí la superposición de procesos que tienden claramente a desalentar a quienes deseen adoptar. Es en esta institución donde se advierte con mayor claridad la incidencia del subjetivismo ideológico de los autores del proyecto. De manera tal, entiendo, que se intimida a quienes quieren ser padres adoptivos. Pero ello fue deliberadamente planeado. Doy razones: será, conforme a lo que se ha dicho sobre filiación por reproducción humana asistida, mucho más fácil recurrir a estas técnicas de fecundación artificial que adoptar, en particular cuando las técnicas tengan cobertura social:

otra clara concesión del Proyecto a los Laboratorios y Clínicas Especializadas en fecundación asistida. Siguiendo con el análisis, si se trata de niños huérfanos, sin filiación acreditada o habiéndose agotado todas las instancias a fin de conocer a sus familiares, deberán observarse los cuatro procesos señalados arriba.

Dra. Villagra: pero además, eso implica desatender la minoridad abandonada. Si la familia no es contenedora, el problema social va a seguir insistiendo. No van a haber adoptantes.

Dra. Solavagione: pasa que al chico no le importa a nadie. Sigo con el tema de las contradicciones: El proyecto incluye un “Bill” de Principios generales que informan la institución. La primera contradicción que observamos es en los incisos b); c); d); y e) del art. 595 que rezan: “La adopción se rige por los siguientes principios: b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas. e) el derecho a conocer los orígenes ...”. No es necesario advertir -por lo grosero- la evidente desigualdad de trato que recibe un tipo de filiación, la fecundación artificial (RHA) y la Adoptiva. Ello generará planteos de inconstitucionalidades referidas a la discriminación existente entre ambas tipologías filiatorias: violatorias del artículo 16 de la C.N., sin dudas. Se observa en la legislación propuesta muchas salvaguardias para que el niño no sea desprendido de su familia de origen. En ésta se impone el principio de “veracidad biológica”, axioma al que hemos adherido incondicionalmente, en el respeto al derecho a la identidad de los niños a conocer sus progenitores de sangre. En el caso de la filiación por voluntad procreacional, ya expusimos cómo se obstaculiza la posibilidad de conocer su identidad biológica, prohibiéndose reclamar mediante acciones de estado de familia, vínculo jurídico alguno con el donante ni con, eventualmente, la madre subrogada. No existe manera extrajudicial, normal, de conocer quienes han sido los progenitores biológicos. ¿Y sobre el inciso c), éste no incluye en el término “familia ampliada” a la gestante, o al donante anónimo? Obsérvese que no dice padre o madre, sino que habla de “familia”. No nos extendemos más pues ya ha sido tratado anteriormente. Yo creo que no se debe hacer esa diferencia. Ahora bien, respecto a los incisos c) y d), los interrogantes a develar son si, los niños gestados artificialmente que quieren conocer su origen, y que solicitan al Juez autorización por “razones fundadas”, una vez concedido el permiso ¿tendrán derecho a que le sean preservados los vínculos fraternos y “el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos”, con otros niños concebidos con material del mismo donante, esto es, con quienes son técnicamente “HERMANOS”? ¿O con los propios hijos biológicos del donante, también hermanos

unilaterales? La desigualdad luce evidente. El Proyecto incorpora un artículo específico, reafirmando la importancia que le asigna a la necesidad del adoptado a conocer sus orígenes. El art. 596 bajo el epígrafe: “Derecho a conocer los orígenes”, establece la forma en que el niño puede concretar su intención de conocer el expediente judicial y demás información que conste en los registros judiciales o administrativos. La norma aborda la manera de hacerlo en forma exhaustiva, otorgando las herramientas necesarias a su disposición. El juez DEBE (en gral. el proyecto no utiliza el “debe” en la filiación artificial) disponer la intervención del:

- a) equipo técnico del tribunal,
- b) del registro de adoptantes correspondiente, o
- c) de los equipos interdisciplinarios de mediación.

El expediente judicial y administrativo, DEBE contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la IDENTIDAD, INCLUIDOS LOS RELATIVOS A ENFERMEDADES TRANSMISIBLES. Incluso está facultado para iniciar una ACCION AUTONOMA a los fines de CONOCER SUS ORIGENES. En todo caso debe contar con asistencia letrada. No comprendemos aún el porqué de la desigualdad de trato. ¿Es sólo un desdén por la adopción frente a la familia de origen? ¿No se advierte que el estatuto filiatorio proyectado fomentará la existencia de hijos de segunda categoría, mientras otros (biológicos y adoptivos) gozarán de todos los derechos humanos a conocer su linaje? Por de pronto el panorama es complejo. En cierta manera adherimos a lo sostenido por Ursula Basset quien advierte la existencia de un difícil equilibrio entre el derecho del niño a desarrollarse en un ámbito estable familiar por un lado y la necesidad del Estado de procurar cumplir con el mandato de la CDN en el sentido de afianzar la familia de origen: “El problema es que el equilibrio es tan delicado, que si se acentúa demasiado el intento de salvaguardar la familia de origen, se corre el riesgo de que si ésta resulta finalmente disfuncional, el daño producido al desarrollo del niño será irremediable”.

Dra. Villagra: en casos como el abuso, la misma situación da pautas de la disfuncionalidad de la familia biológica.

Dra. Solavagione: sigo. La misma autora efectúa valoraciones finales preocupantes al expresar: “El Proyecto de C.C. presenta una legislación en materia de adopción que nunca pudo ser socialmente convalidada. Proyectos de Adopción con estos lineamientos se han proyectado a lo largo de los años sin poder prosperar. La elección de esta vertiente, sin concesiones, creará inevitablemente un proyecto que no responderá al sentir nacional adecuadamente. En líneas generales, puede decirse que adoptar será más difícil, el proceso será más largo y más caro. En consecuencia, no es previsible que a corto plazo esta legislación resuelva los grandes

interrogantes que plantea la legislación de la adopción en la Argentina”. Para conocer su identidad el Proyecto no fija una edad límite para acceder al expediente judicial o administrativo, si lo hubiere, sino que depende de la valoración que el Juez haga en concreto sobre el niño que aspira a acceder a él. Es decir que no sólo el mayor de edad podrá hacerlo sino que también un niño menor de edad, tendrá acceso a su expediente. Este respeto que la ley garantiza a conocer su origen, consagrado en el art. 595, es discutible al no estipular una edad a partir de la cual el sujeto puede hacerlo.

Dra. Wallace: no estoy de acuerdo en eso, por que si no habría que reformar el art. 12 de la Convención.

Dra. Solavagione: entonces estamos de acuerdo en que no exista un límite para acceder al expediente judicial?

Dra. Wallace: no digo que me guste eso. Pero para eso hay que garantizar que el que vaya a acceder esté en condiciones de valorarlo.

Dra. Villagra: podríamos poner que lo sugieran los equipos multidisciplinarios. Es para tomar un parámetro. Por ejemplo, nos movemos con la edad de los 13 años, salvo sugerencia del equipo multidisciplinario.

Dra. Wallace: no es solo tener la inquietud, sino que además es necesario que tenga un piso emocional, que no es cronológicamente determinable.

Dra. Solavagione: continúo con el trabajo. Ello en razón de que no todas las personas están en condiciones de aceptar su previa historia personal, por ello la ley prevé un marco de contención adecuada (art. 596) mediante la intervención de los equipos interdisciplinarios. La necesidad de participación de estos dispositivos, englobados en Córdoba, bajo la denominación de “Dirección de Servicios Judiciales”, están colapsados por la ingente tarea que deben realizar a diario, por lo que el acceso al expediente puede verse demorado por motivos de sobrecarga funcional.

Dra. Wallace: yo digo que ... *(no se escucha)*.

Dra. Solavagione: sigo con lo que dice Ursula Basset: agrega una preocupación adicional al respecto pues estima que no existe un diagnóstico previo requerido para establecer la madurez del niño para acceder al expediente, pudiendo implicar historias muy duras que no pueden ser procesadas por un niño de cualquier edad (un adolescente que esta facultado para ejercer “la acción autónoma con asistencia letrada”).

Dra. Villagra: ... o aceptan que los papás adoptivos ...

Dra. Solavagione: ella dice que le parecía más prudente relegar y condicionar este momento a la madurez suficiente del niño, en interacción con los padres adoptantes que funcionan como un sistema en el que el niño se desarrolla. Continuemos entonces: con sabia experiencia, dice:

“Tratar a un niño como adulto, muchas veces no es respetarlo en sus derechos personales, sino adultizarlo artificialmente y por lo tanto exponerlo a retraso madurativo o incluso a crisis personales”.

Dra. Villagra: podemos poner como propuesta que se tome la edad que fija el propio Proyecto, el parámetro de los 13 años. No como un muro infranqueable, sino como una pauta.

Dra. Wallace: yo tengo una experiencia personal distinta. Me pregunto cuándo un chico está en condiciones?

Dra. Solavagione: si hay que proponer una edad, para mi debería ser la misma que tienen para donar órganos. Quizás sean los 16 años. Lo de la edad es algo muy abstracto.

Dr. Fanzolato: también habría que aclarar que la ley para conocer el origen trae otros efectos. *(no se escucha bien)* derecho alemán. Le podría dar pié a investigar.

Dra. Solavagione: entonces podríamos poner como propuesta que en **el informe que debe elevar el equipo interdisciplinario al juez especializado que intervenga en la guarda, se incorpore un nuevo rubro sobre el cual se deberá expedir el equipo técnico, en el sentido que indique si el niño se encuentra en condiciones emocionales y con capacidad de comprensión de acceder a su historia personal, obrante en el expediente.**

Dr. Fanzolato: y si se adopta a un recién nacido?

Dra. Villagra: no se expedirán.

Dra. Solavagione: la idea es que siempre lo determine el equipo técnico.

Dra. Villagra: *(no se escucha bien)*.

Dra. Solavagione: vamos a las partes del proceso *(sigue leyendo el trabajo)*. Como corolario de esta mirada crítica hacia la Adopción y la desconfianza que genera para los autores del Proyecto, otra de las innovaciones es la incorporación del Organismo del Poder Ejecutivo dentro del proceso judicial, en calidad de PARTE. En efecto, a la Secretaria de la Niñez, Adolescencia y Familia, se le da intervención en calidad de parte, tanto en el proceso de adopción, como en el de guarda con esos fines y en el de declaración de adoptabilidad, el que había ya intervenido en la etapa administrativa previa. En otras palabras, el proceso se administrativizó con la consecuente e importante injerencia estatal.

Dra. Wallace: el poder judicial ya tiene injerencia. Habría que aclarar que es el Poder Ejecutivo.

Dra. Solavagione: *(no se escucha bien)*.

Dr. Fanzolato: actualmente la acción de conocimiento no influye. Como no se limitan los efectos la acción de conocimiento, podría tenerse un emplazamiento más.

Dra. Solavagione: voy al art. 608 (*lee e art. 608*). El Juez TAMBIEN PUEDE ESCUCHAR A LOS PARIENTES Y OTROS REFERENES AFECTIVOS.” Todo ello con participación del gabinete interdisciplinario.

Dra. Wallace: incluso también el Defensor del Niño.

Dra. Solavagione: pero eso en los lugares donde rige la ley 26.061. Es una norma de características locales que no fue adherida por algunas provincias. Sigo: este último párrafo es altamente nocivo, pudiéndose convertir en un auténtico valladar para que el proceso de adopción se pueda llevar a cabo. Si el niño proviene de una familia que no reside en la jurisdicción del proceso, agotar (como dice el art. 595 inc. c.) la búsqueda de familiares de origen, de todos sus parientes, además de quienes ostenten el papel de “referentes afectivos”, es una genuina denegación del otorgamiento de la adopción, bajo el ropaje de defender las raíces biológicas del niño.

Dra. Villagra: antes había 6 meses, ahora hay plazos?

Dra. Wallace: si, en 6 meses tiene que resolver.

Dra. Solavagione: no está claro. Depende de cada caso. El plazo para agotar la búsqueda de los familiares de origen no existe. Además, luego se prorrogan desde que el organismo administrativo le comunica al juez.

Dra. Wallace: pero los 180 días son administrativos, para sacar el dictamen.

Dra. Solavagione: Continúo. En el art. 607 se fija que el organismo administrativo deberá dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y dicho dictamen debe comunicarse al juez interviniente dentro del plazo de 24 hs. Art. 608: en dicho proceso de adoptabilidad el organismo administrativo también es parte procesal, pero no se aclara cuales serán sus funciones. En el art. 613 que trata de la elección del guardador e intervención del organismo administrativo, se establece que el organismo administrativo también técnicamente es parte en el proceso de guarda preadoptiva y con facultades para participar de la selección de los registros de adoptantes. El juez selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, puede requerir la colaboración de la autoridad administrativa que intervino en el proceso de declaración de estado de adoptabilidad, organismo que puede comparecer de manera espontánea. En definitiva, hablo que se administrativizo el proceso.

Dra. Wallace: hay que subrayar que hay una superposición de funciones, de equipos técnicos.

Dra. Villagra: lo que hay es competencias cruzadas.

Dra. Solavagione: la propuesta sería: estimamos que hay una superposición de incumbencias entre los equipos técnicos pertenecientes al Poder Judicial y los de los organismos

administrativos, generando erogaciones innecesarias al duplicar los intervinientes en el proceso. Ello ocasionará la revictimización del niño al ser evaluado por distintos equipos técnicos con diferentes criterios. Y con la consecuente merma de recursos que no podrán ser asignados a los casos emergentes.

Dr. Fanzolato: recordemos que la ley 26.061 tiene características locales y no ha sido adherida por la totalidad de las provincias argentinas.

Dra. Solavagione: pasemos al estado de adoptabilidad: (*se advierte que ya se corrigió el término: ahora es “situación”*). El art. 607 fija los presupuestos de la declaración de adoptabilidad, como vimos comprende a los niños sin filiación establecida o que hayan fallecido sus padres, debiendo agotarse la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo en un plazo máximo de 30 días prorrogables por otros 30 más por razones fundadas. También pueden ser declarados en situación de adoptabilidad aquellos cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento.

Dra. Wallace: el plazo es por el estado puerperal.

Dra. Solavagione: (*sigue leyendo*) Por último, cabe el estado de adoptabilidad para aquel niño que permanezca en situación de riesgo, a pesar de las medidas excepcionales tomadas en razón de la ley 26.061, de mantenerlo en su familia de origen y que éstas no hayan dado resultado en un plazo máximo de 180 días.

Dra. Villagra: yo propondría que ese plazo se reduzca. Proponemos entonces que se reduzca el plazo ante el riesgo de integridad psíquica y física del niño, a 60 días corridos, y por la implicancia que tiene en la menor edad el mayor plazo.

Dra. Solavagione: sigamos: Cumplido el plazo de 180 días sin poder solucionar la situación del niño, el organismo administrativo que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de 24 hs. En ese momento se iniciará el juicio de preadoptabilidad.

Dra. Villagra: tengamos en cuenta que todo esto es apelable, recurrible, etc.

Dra. Solavagione: continuo. Una cuestión novedosa que incorpora el proyecto es la eliminación del ABANDONO y el DESAMPARO como causal de entrega en guarda con fines de adopción. Cafferata estima sobre la figura que: “El abandono es una situación de hecho que, de ordinario, provoca la intervención judicial. Existe abandono cuando el o los progenitores abdican de cumplir con los deberes que les impone la patria potestad respecto de sus hijos cuya formación integral y cuidado de su vida y salud se encuentran a su cargo”. El derecho vigente establece que el niño puede ser entregado en guarda preadoptiva cuando el menor estuviese en un

establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, comprobada por la autoridad judicial. Esta comprobación del desamparo efectuada por el Poder Judicial, no es causal de extinción de la Patria Potestad, situación que resulta confusa en el Proyecto pues no se comprende si es necesario o no la privación de la P.P. como condición de procedencia para la declaración de adoptabilidad. En el proyecto desaparece el concepto de desamparo de la niñez, para ser reemplazado por “complejas fórmulas que requieren una dosis de burocracia (se mencionan expresamente los organismos administrativos que intervendrán previamente) (Basset). Los padres biológicos deberán consentir siempre, salvo que hayan fallecido, hayan sido privados de la responsabilidad parental o las medidas que la ley 26.061 hayan fracasado. Deberán consentir aún si han abandonado a sus hijos en instituciones por períodos muy prolongados. Según Basset: “Esto podría prestarse a las consabidas manipulaciones de padres adoptivos. No se prevé mecanismos para evitarlas”. Como vimos, no se menciona al desamparo ni al abandono como situaciones que habiliten la guarda preadoptiva y a la adopción propiamente dicha. Sólo se alude al abandono del niño en el art. 700 del proyecto cuando se trata la privación de la P.P., en el inciso b) que expresamente dice: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental: ... b) por el abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aún cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero”.

Dra. Villagra: no podría pedir el Asesor Pupilar la privación de la patria potestad por abandono?

Dra. Solavagione: pero la declaración de la situación de adoptabilidad es una especie de privación.

Dra. Wallace: no siempre. No desvincula jurídicamente al niño de sus progenitores.

Dra. Solavagione: sigo. A este respecto Medina, también alberga dudas: “Por otra parte al mencionarse a las personas que pueden ser adoptadas se hace referencia a quienes se encuentran privados de la autoridad parental. De allí que pareciera colegirse que a diferencia del régimen vigente en el sistema que se propone cuando media abandono del hijo hace falta un juicio de privación de la patria potestad en lugar de el proceso de declaración de adoptabilidad”.

Dra. Villagra: o se va por la adopción, o se va por la tutela entonces.

Dra. Wallace: ahora para privar la patria potestad es necesario el abandono total. Además, no hay situación de adoptabilidad ... Es más gravoso también en esto.

Dra. Villagra: incluso la privación de la patria potestad puede extenderse. Por eso uno se resiste: las consecuencias para el progenitor es más grave.

Dra. Solavagione: continúo leyendo. Entonces los interrogantes a plantear conjugando los artículos 597 y 625 inc. b) son: a) si la privación de la patria potestad debe hacerse antes de la iniciación del juicio de adopción? b) si la sentencia que hace lugar a la adopción contiene en sí la declaración de privación de la patria potestad? Creemos entender que no es necesaria una declaración de pérdida de patria potestad previa a la iniciación del juicio de adopción. En el segundo cuestionamiento, sostengo que el solo hecho de hacer lugar a la petición de preadoptabilidad entraña, implícitamente, tal declaración. A su vez, Hernández opina que: “Empero, en el Proyecto la declaración de estado de adaptabilidad equivale a la privación de la autoridad de los padres”. El art. 610 y con el título de “Equivalencia” establece que la sentencia de Privación de la Responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad. Esta norma, a mi juicio razonable, no obstante luce contraria al espíritu del resto del plexo normativo en materia adoptiva, que sacraliza la familia biológica al procurar por todas las vías posibles la búsqueda y aceptación del niño. Aparece drástica colisionando con el resto de los principios generales. **EN ESTE PUNTO ADHERIMOS A:**

1. LA ADOPCION POR PARTE DE CONVIVIENTES REGISTRADOS.
2. SUPRESIÓN DE LA CONDICION DE DURACION DE 3 AÑOS DEL MATRIMONIO.
3. LA SUPRESIÓN DE LA ESTERILIDAD MATRIMONIAL PARA LEGITIMAR LA ADOPCION, SIN EDAD LEGAL.
4. LA DISMINUCION DEL PLAZO DE GUARDA CON FINES DE ADOPCION DE 1 AÑO A 6 MESES.
5. LA DISMINUCION DE LA EDAD MINIMA PARA ADOPTAR DE 30 A 25 AÑOS.

Dra. Villagra: no pondríamos un plazo máximo en cuanto a la edad?

Dr. Fanzolato: yo no lo pondría. El juez en tal caso resolverá.

Dra. Solavagione: (*sigue leyendo*). Otra de las grandes innovaciones, en consonancia con la nueva Ley de Matrimonio Civil y la regulación de las Uniones Convivenciales Registrados, es la aceptación de que los convivientes puedan adoptar conjuntamente, como una manera de evitar las desigualdades entre familias. Aceptamos esta modificación en consonancia con los diferentes modelos familiares. Se reduce la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la que queda fijada en 16 años, salvo en el caso de la adopción de integración. Se ha sostenido que es una ventaja pues se amplía el número de posibles adoptantes. La justificación no es válida, pues los sujetos inscriptos en los Registros Únicos de Adopción y Guarda son numerosos, no así los niños en situación de adoptabilidad. Esta reducción de edad no nos parece positiva, pues se pierde el

objetivo de que la filiación adoptiva sea lo más parecida a la proveniente de la biología, que iluminó la institución de la adopción.

Dra. Villagra: agreguemos que la edad actual es la que guarda correspondencia con la edad nupcial actual.

Dra. Solavagione: continúo. Basset estima que: “La diferencia de edad no solo favorecía la privacidad familiar, sino también constituía un modo de asegurar la idoneidad de los padres. A mayor distancia entre el hijo y su padre, mejor acumulación de experiencia para educar a su hijo. Creemos que debe volverse a la diferencia de 18 años de edad y que reducir la diferencia bajo la apariencia de ayudar a amplificar el número de adoptantes, compromete derechos de los niños.” “Los adoptantes ya abundan, lo que es necesario es que la infancia en situación de abandono pueda ser cuidada por los muchos adoptantes que ya hay. No hace falta sin ampliar la lista”. Por su parte Medina opina: “Creemos que el cumplimiento de este requisito es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno-filial natural, en el cual, normalmente, existe una cierta diferencia de edad entre los progenitores y el hijo”. Nuestra opinión: La filiación adoptiva tiene su razón de ser en el interés superior del niño, y el vínculo creado se verá sustentado con mayor intensidad en la estabilidad y madurez que el pretense padre muestre para afrontar el proceso. La diferencia de edad luce, entonces, como una condición importante para ser un padre experimentado, pues la brecha generacional disminuye las tribulaciones y generan seguridad y confianza en la parentalidad.

En conclusión, creemos que debe mantenerse la diferencia de 18 años entre adoptante y adoptado.

Dra. Villagra: podríamos poner que no se advierte una razón de peso en beneficio para el adoptado de cambiar la diferencia de edad.

Dra. Solavagione: tendríamos que trabajar más con el tema de la edad, no me cierra el tema de los 16 años para adoptar. Pasemos a los requisitos para ser adoptantes (*sigue leyendo*): Art. 613. El Juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes, la apreciación de la idoneidad de aquellos queda librada a su arbitrio. Basset declara: “En cuanto a los adoptantes, se desplaza el eje en torno al escrutinio de idoneidad de los adoptantes. Mientras que la legislación anterior determinaba pautas consonantes con las reglas emanadas de los Tratados Internacionales, la legislación proyectada sujeta el asunto a la prudencia judicial”. Y el art. 602 establece que las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente. Ursula Basset considera que existe en el proyecto una auténtica discriminación en contra de los matrimonios y las uniones convivenciales como pretendientes adoptantes. Al analizar este artículo expresa: “La ley

no protege la estabilidad de la convivencia como requisito de idoneidad preferido. Se prefieren vínculos unipersonales fuera de la pareja o vínculos bilaterales fuera de una modalidad de pareja. Los cónyuges y convivientes son el adoptante más relegado de la ley. Los cónyuges y convivientes quedan excluidos de cualquier tipo de adopción unilateral”. Es decir, cualquier persona puede adoptar conjuntamente, ahora bien, las personas casadas solo pueden hacerlo de ese modo”. Y concluye: “Es de resaltar que no hay un perfil neto respecto del tipo de adoptante preferido por la ley. Lo único que queda claro es que los matrimonios y las uniones de hecho resultan marginados a la adopción conjunta, sin demasiados recaudos de estabilidad. Pareciera que se sigue prefiriendo la adopción unilateral, que sin embargo empobrecería la riqueza de la crianza paterna-materna de que sí gozan la mayoría de los niños nacidos en las familias argentinas. Es verdad que la ley sigue el criterio de la neutralidad de género, por eso no cabe en ella el rol paterno y materno, aún cuando ello implica deshacer la imitación a la familia biológica, criterio que había presidido desde siempre la institución adoptiva”. OTRA INNOVACION: MAYOR PARTICIPACION DEL NIÑO EN EL PROCESO. El niño cobra mayor preponderancia en el proceso, la que puede observarse en las siguientes situaciones:

- a) En el trámite de declaración de adoptabilidad se prevé que el niño sea PARTE (art. 608), si tiene edad y grado de madurez suficiente, con asistencia letrada.
- b) En la guarda judicial: citación del niño cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 613).
- c) En la regulación del juicio de adopción, el niño que será adoptado es PARTE procesal, según su edad y grado de madurez (art. 617, inc. a), con asistencia letrada. El Juez debe oír personalmente al pretense adoptado y debe tener en cuenta su opinión (art. 617, inc. b). la ley no prevé un límite de edad a este respecto, por lo que colegimos que el Juez se verá obligado a atender a todo niño, aún aquellos de corta edad.

Es una de las pocas cosas que se lo dejaría a criterio del juez. Lo más preocupante es el inciso que sigue:

- d) El pretense adoptado mayor de 10 años, debe dar su consentimiento expreso (art. 617 inc. c). Prestar su consentimiento va mucho más allá que “ser oído”. Existe la posibilidad que el niño o adolescente rechace su propia adopción, ejerciendo una especie de obstáculo que el Juez no podrá eludir, impidiendo la prosecución del proceso de adopción pues el consentimiento del niño es necesario para perfeccionar el acto.

Basset estima que es una edad muy temprana para el derecho a veto, que ni siquiera queda regulado con la valoración de la madurez (capacidad progresiva). La ley española, requiere que sea solamente oído el mayor de 12 años. “Impensable que un niño de 10 años pueda vetar su

propia adopción, según dicho sistema. Sería preferible subir la edad, si se quiere establecer un tal derecho a veto, y valorar el veto según la condición personal del niño y su propio mejor interés”.

Dr. Almaraz: hay algún parámetro en la normativa nacional que determine alguna capacidad a los 10 años?

Dra. Solavagione: no, únicamente el discernimiento para los actos ilícitos (*se consulta telefónicamente al Dr. Palmero, quien informa que la edad de discernimiento para los actos ilícitos se mantiene, a pesar de su opinión en contra*).

Dra. Wallace: la edad es inconstitucional.

Dra. Solavagione: les leo al respecto lo que puse en el trabajo. Por nuestra parte consideramos que es un absurdo procesal, basada en la sinuosa interpretación ideológica que los autores tienen del proyecto, otorgar a un niño de 10 años la posibilidad de DECIDIR lo que mejor comprenda sus intereses espirituales, morales y económicos, pues no tiene la madurez suficiente para resolver su futuro. Aquí no se trata de oírlo sino nada menos que de PRESTAR CONSENTIMIENTO UN NIÑO. ¿Qué sentido tiene? Actuará motivado quizás por caprichos o arrebatos emocionales propios de su niñez, perdiendo la oportunidad de integrarse a una familia que lo contenga.

Dra. Villagra: yo diría que también el niño puede ser manipulado. Además, hay incoherencia con las edades.

Dra. Solavagione: pongamos entonces las objeciones al art.

Dra. Wallace: es inconstitucional por que no se puede fijar una edad. Además, la realidad de cada niño puede diferir en la autonomía de su manifestación. Las objeciones son cinco: 1) Es inconstitucional porque el art. 12 de la Convención no habla de una edad cronológica, ni tampoco la 26.061 para otorgar capacidad procesal. 2) No es coherente con el sistema de edades que establece el propio proyecto, art. 25, del código. 3) No se puede asimilar el discernimiento para actos ilícitos con la adopción. 4) Tampoco se puede sujetar la decisión jurisdiccional sobre un estado de familia a la voluntad de un niño de 10 años, más aun pensando que con su eventual decisión queda sin solución una situación de riesgo. 5) Finalmente, no se prevén mecanismos para garantizar la falta de manipulación del menor: la minoridad en si misma supone la permeabilidad a las influencias externas.

Dra. Solavagione: pasemos a la adopción de integración (*sigue leyendo*). Además de la adopción plena y la adopción simple se regula en los artículos 597, 599, 603, 631 y 632, la adopción de integración. DEFINICION: Art. 620 (*lee*). Se caracteriza por que: El adoptado puede ser mayor de edad; el adoptante puede prescindir de la diferencia de edad si adopta al hijo del cónyuge o conviviente; el cónyuge y conviviente adoptan en forma unilateral y no conjunta,

lo que constituye una excepción a las pautas previstas para la adopción conjunta; la adopción de integración no requiere de guarda preadoptiva; el adoptante no requiere estar inscripto en el registro de adoptantes; el cónyuge y el conviviente del adoptado no pierde el ejercicio de la responsabilidad parental ni la administración y usufructo de los bienes de sus hijos.

Dra. Wallace: ahora se está haciendo. Por ejemplo, en la del hijo del cónyuge, no se requiere guarda previa. Quien pierde la administración por ejemplo, es el cónyuge no conviviente.

Dra. Solavagione: les digo que no es la que se hace ahora por lo siguiente (*sigue leyendo*): Respecto a la forma en que se otorga la adopción de integración produce los siguientes efectos: Si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado, si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen, el Juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Dra. Wallace: fue el tema de mi ponencia en el 2004. Si con un progenitor (*no se escucha bien*) por que no se hace una adopción plena sustituyendo el vínculo....del progenitor que no convive.

Dra. Villagra: sería el caso que uno de los padres biológicos se case con otra persona.

Dra. Solavagione: es lo que le llaman el padre afín.

Dra. Wallace: ante padres biológicos que no conviven con el menor, si se casa el que sí convive....

Dra. Solavagione: para mi la convivencia no debe generar efectos sobre la adopción.

Dra. Wallace: me refiero a que si están dadas las condiciones para una adopción plena, se permita en ese caso.

Dra. Solavagione: a mi no me gusta este tipo de adopciones. En este proyecto, se está sacando el vínculo jurídico filiatorio, sin pasar por ningún requisito.

Dra. Villagra: las diferencias serían: además de los requisitos previos... (*no se escucha bien*) Vamos con los efectos: la plena, corta los lazos con la familia biológica. Significa que el progenitor biológico deja de tener la patria potestad?

Dra. Wallace: si el progenitor cumple las obligaciones parentales no hay forma que se corte el vínculo. En el derecho vigente no se dice esto, pero para que haya una adopción integrativa, hay que acreditar esta abdicación.

Dra. Solavagione: en el CC vigente no lo contempla. Lo que vos decís es jurisprudencia, no el texto normativo.

Dra. Villagra: vamos con el proyectado. Esta abdicación no está como un requisito específico. Puede darse plena o simple, pero dando la plena ... entonces se va a tener un hijo biológico de

un padre, adoptivo respecto del otro que puede mantener la relación de origen, y esta va a ser la situación del niño: tener tres vínculos.

Dra. Solavagione: sigo con lo último: las relaciones con la familia biológica. En el proyecto se contempla la vinculación del niño con la familia biológica. En el art. 621 cuando expone las facultades judiciales, fija que será el Juez el que otorgará la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente el interés superior del niño. En el segundo párrafo dice: “Cuando sea más conveniente para el niño a pedido de parte o por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el 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. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”.Aclaración previa: No desconocemos el derecho que tiene toda persona a vivir con su familia biológica, de la que no puede ser privado por institución alguna y sin causas justificadas establecidas por ley en beneficio del mejor interés del menor. Pero, sin perjuicio de la opinión que merezca la Corte de la época, el caso “Evelyn Vázquez Ferra” reconoce el derecho del individuo a no querer conocer esa verdad biológica, y a oponerse a mantener vínculos con sus parientes de origen. Este propósito de continuar el vínculo con la familia de origen, expone un claro sesgo autoritario pues puede suceder que, en casos que han tenido trascendencia mediática, es la propia familia biológica la que expulsa –expresa o implícitamente- al niño, abdicando de sus obligaciones paterno- filiales, mediante conductas violentas que aumentan año a año. Las estadísticas de la SENAF así lo demuestran. Con la intención de aparentar una sociedad artificial, la familia de origen es mirada SIN OBJETIVIDAD, culpabilizando siempre a terceros de sus proceder, en especial a una variable ajena a la cuestión pero DE ALTÍSIMO COMPONENTE IDEOLÓGICO: la pobreza. El Proyecto sospecha, prejuzga, desconfía sin ocultación de la Adopción. Ergo, que el niño no pierda contacto con la familia de sangre, aun cuando hayan sido éstos sus victimarios. Hernández, en el trabajo citado expresa: “No entendemos a la adopción como hemos escuchado en algunos medios de prensa a operadores del sistema de protección de menores, como una institución que SE NUTRE DE LOS NIÑOS POBRES PARA DARLOS A FAMILIAS CON RECURSOS. Ello implica un prejuicio ideológico en contra de la adopción.

Dra. Wallace: más aun, este prejuicio no está en la fecundación humana asistida.

Dra. Solavagione: (*sigue leyendo*). No participamos que en la adopción plena el Juez pueda mantener los vínculos jurídicos con la familia de origen, como lo propone el art. 621. La Adopción plena presupone una desvinculación con la familia biológica porque ésta no existe o

no ha cumplido con sus obligaciones legales hacia el niño. Se verá afectada no solo la relación entre padres adoptantes e hijos adoptivos y su necesaria integración con su nueva familia, sino que se compromete seriamente al niño al exigirle la obligación de DECIDIR MANTENER VINCULOS CON SUS PARIENTES, reclamándole la toma de decisiones que no está en condiciones de asumir dada la culpa que le generará optar por visitar o no a su familia de sangre. Se lo coloca al niño en un profundo dilema existencial, situación que vivirá con mucha tensión y le impedirá vivir su infancia acorde a su edad. Para mayor claridad, Hernández nos ilustra: “Por ende, este tipo de adopción no tiende a preservar vínculos anteriores sino a crear nuevos vínculos con una nueva familia. Permite dar al niño una identidad filiatoria de la que carece”. En definitiva al igual que en épocas pasadas se hablaba del horror de la adopción (Molinario), actualmente la desvalorización de la adopción plena responde a prejuicios difíciles de disimular. En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.

Dra. Villagra: falta también ver el tema del derecho transitorio. Adopciones en trámite, guardas en trámite. Habrá que adaptarse a las nuevas normas. Pero es algo a tener en cuenta.

CONCLUSIONES

1. Se sugiere que se incorpore la posibilidad, en el informe que debe elevar el equipo interdisciplinario al juez especializado que intervenga en la guarda, de anexar un nuevo rubro sobre el cual se deberá expedir el equipo técnico, en el sentido que indique si el niño se encuentra en condiciones emocionales y con capacidad de comprensión de acceder a su historia personal, obrante en el expediente.
2. Estimamos que hay una superposición de incumbencias entre los equipos técnicos pertenecientes al Poder Judicial y los de los organismos administrativos, generando erogaciones innecesarias al duplicar los intervinientes en el proceso. Ello ocasionará la revictimización del niño al ser evaluado por distintos equipos técnicos con diferentes criterios. Y con la consecuente merma de recursos que no podrán ser asignados a los casos emergentes.
3. Proponemos que se reduzca el plazo de 180 días que tiene para expedirse el Órgano Administrativo, ante el riesgo de integridad psíquica y física del niño, a 60 días corridos, y por la implicancia que tiene en la menor edad el mayor plazo.
4. Se considera un “absurdo procesal” la causal de nulidad prevista en el artículo 627 inc. c), al facultar a un menor de 10 años para decidir en relación a su filiación adoptiva. Al

respecto, se sostiene como fundamento a esta objeción: 1) Es inconstitucional porque el art. 12 de la Convención no habla de una edad cronológica, ni tampoco la 26.061 para otorgar capacidad procesal. 2) No es coherente con el sistema de edades que establece el propio proyecto, art. 25, del código. 3) No se puede asimilar el discernimiento para actos ilícitos con la adopción. 4) Tampoco se puede sujetar la decisión jurisdiccional sobre un estado de familia a la voluntad de un niño de 10 años, más aun pensando que con su eventual decisión queda sin solución una situación de riesgo. 5) No se advierte que estén previstos mecanismos para garantizar la falta de manipulación del menor: la minoridad en si misma supone la permeabilidad a las influencias externas.

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:35 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el día martes 11 de Septiembre a la misma hora.

ACTA DE LA DECIMATERCERA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los once (11) días del mes de Septiembre del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática **de la Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil-, Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal, Ab. Esp. Nélide Mariana Wallace y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Libro Quinto “Transmisión de Derechos por causa de muerte” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “*Conclusiones*”.

SUCESIONES

“Transmisión de Derechos por causa de muerte”

Informe de la Ab. Esp. Nélide M. Wallace

Ubicada en el Libro Quinto, tras el tratamiento de los diversos contratos, se regula la sucesión por causa de muerte. Se puede decir, que los cambios de paradigma que afectaron tan profundamente el derecho de familia, que privilegian la autonomía de la voluntad por sobre el interés del grupo familiar, tiene sus repercusiones en el derecho sucesorio un tanto mitigada respecto de aquel. No obstante ello, hay un sensible avance de la autonomía de la voluntad por sobre los intereses familiares, dejando a salvo la posibilidad de protección de los descendientes y ascendientes discapacitados, esto se puede advertir en la reducción de las porciones legítimas, la reincorporación de la licitación, la eliminación del orden sucesorio nuera viuda, y en las causales de indignidad y en la prescripción de la acción de reducción a diez años a partir de la liberalidad, que pueden transcurrir en vida del causante. Contradictoriamente hay un retraimiento de la autonomía de la voluntad del causante en la erradicación de la desheredación.

Se mantiene básicamente el esquema vigente los principios que informan el derecho sucesorio. La sucesión se define por voluntad de la ley y por voluntad del causante. Dentro de la primera, por órdenes y dentro de estos por grados, salvo derecho de representación. No se hay distinción al origen de los bienes. El llamamiento de la sucesión legal siempre es universal.

El sistema mantiene la dicotomía de la sucesión en la persona (posesión de la herencia de pleno derecho) y sucesión en los bienes (adquisición con beneficio de inventario). Se aclaran algunos aspectos que generaron significativos esfuerzos doctrinario para su interpretación como aceptación, valor del silencio, legitimados activos y pasivos para la acción de reducción y colación, y se perdió la oportunidad de generar herramientas jurídicas que permitan agilizar la enajenación por parte de los coherederos que son prácticas corrientes, como el tracto abreviado. Se muta la naturaleza de la legítima que puede ser sustituida con dinero (2.454)

Figuras de altísimo contenido solidario respecto de los discapacitados (2.448) que lamentablemente excluyen al cónyuge

Gran ausente la vocación sucesoria del conviviente.

Indignidad

Se regula la figura de la indignidad excluyendo la desheredación.

Se redefinen las causas de indignidad,

Artículo 2.281. **Causas de indignidad.** Son indignos de suceder:

- a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena;
- b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria;
- c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal;
- d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de UN (1) mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice;
- e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo;
- f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad;
- g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento;

i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones.

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

Básicamente, todas las causales que habilitan la indignidad, podrían subsumirse en la causal del inc. b), que vendría a ser una parecida a residual.

Es de lamentar que entre las causales no se prevea la incorporación del abandono emocional y geriatrización innecesaria del causante, ello así en razón que las causas de indignidad deben ser coherentes con los tiempos que corren, siendo este una evidente falta al deber de solidaridad respecto del causante adulto mayor vulnerable muy generalizada en estos días.

La oportunidad para instar la indignidad es post mortem del causante (2.283). No obstante que el causante no tiene una vía directa para excluir a un forzoso de su sucesión, puede perdonar la ofensa vía testamentaria, disponiendo a su favor (2.282). Este perdón no es tal si los herederos del causante prueban que desconoció la existencia de la causal.

No obstante ello, hay ciertas figuras que indirectamente excluyen a uno o más herederos por voluntad del causante, como el Art. 2.420. **Revocación.** La partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad. Esto se debe interpretar conjuntamente con el art. 2.283 que establece que la acción de indignidad puede ser articulada como excepción a la colación, reducción y petición de herencia sin caducidad.

Asimismo otros artículos darían a entender la posibilidad otros modos indirectos de desheredación, tal como el Art. 2.444. **Legitimarios.** Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por **testamento** ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, una interpretación contraria nos daría a entender un error garrafal del proyectista.

Caducidad de la acción de indignidad, transcurridos tres años de la apertura de la sucesión cuando es por acción, no hablamos aquí de posesión de la herencia. Como excepción, no caduca (2.284). Los supuestos de indignidad de los colaterales no son por posesión de herencia.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Dra. Solavagione: *comienza a leer los fundamentos del Libro V “transmisión de los derechos por causa de muerte”:* explicando que la indignidad absorbe la desheredación.

Dra. Wallace: primero que son institutos que tienen distinto fundamento. Después veo que hay un error, no se si se les pasó, al hablar de los legitimarios en el 2.444. No hay indignidad.

Dra. Solavagione: *lee el art. 2.444 del Proyecto.*

Dra. Wallace: bueno pero si son legitimarios y no pueden ser privados por testamento, ese artículo se refiere teóricamente a la desheredación. Hay cosas que me quisiera compartir con Uds. Yo hice una pequeña introducción, quiero saber qué opinan (*lee el trabajo*). Ubicada en el Libro Quinto, tras el tratamiento de los diversos contratos, se regula la sucesión por causa de muerte. Se puede decir, que los cambios de paradigma que afectaron tan profundamente el derecho de familia, que privilegian la autonomía de la voluntad por sobre el interés del grupo familiar, tiene sus repercusiones en el derecho sucesorio un tanto mitigada respecto de aquel. No obstante ello, hay un sensible avance de la autonomía de la voluntad por sobre los intereses familiares, dejando a salvo la posibilidad de protección de los descendientes y ascendientes discapacitados. Esto hay que destacarlo: **el 2.448 habla de una mejora para el heredero con discapacidad**, pero lamentablemente no incluye al cónyuge.

Dra. Villagra: pero por qué lo vas a considerar como discapacitado?

Dra. Wallace: supongamos que se discapacitó. El casado discapacitado.

Dra. Solavagione: por eso le han dejado una legítima tan alta al cónyuge. Es la más alta del mundo. Con la reforma queda indemne. El sentido del autor, que es **Marcos Córdoba**, que lo conozco, es darle un plus al hijo discapacitado a través de la mejora. En el momento yo no lo interpreté, pero después que lo estudié me pareció muy bueno.

Dr. Fanzolato: la posibilidad de la mejora del causante para beneficiar a un heredero discapacitado, es algo de lo que siempre habló Pérez Lasalla.

Dra. Villagra: y si no tiene discapacidad, también lo puede mejorar.

Dra. Wallace: con su porción.

Dra. Villagra: no es lo mismo. En España no es así. La mejora es para su familia, no entra para cualquier tercero.

Dra. Solavagione: pero cuál es la diferencia?. La mejora es aparte de la porción de libre disponibilidad. Hay que descontarla del total de la legítima?

Dra. Villagra: no, por que es mejora.

Dra. Solavagione: por la palabra “además”, parece que habría primero que agotarse la porción disponible.

Dra. Villagra: es como una disponible específica.

Dra. Solavagione: yo marqué el artículo por que no entendí el cálculo matemático. *Se lee el 2.448.*

Dr. Fanzolato: es en perjuicio de los demás herederos, pero bueno, es un beneficio para el discapacitado.

Dra. Solavagione: no me queda claro de dónde sale para la mejora. Va a haber que hacer un cálculo diferente.

Dra. Wallace: entonces al discapacitado le toca lo que le corresponde como a un hijo en común, más la parte de la mejora, más el tercio; son como tres masas que se le asignan al discapacitado. Yo lo interpreto así. El tercio que queda se divide entre los co herederos, incluyendo el discapacitado. Después se le agrega la tercera parte de la mejora, más la porción disponible.

Dra. Villagra: de la legítima global es de donde se saca. Si es de libre disponibilidad puede hacer lo que quiera.

Dra. Wallace: yo entiendo otra cosa. Para mí, antes de perjudicar a los herederos, es necesario utilizar la parte disponible. La palabra “además”, da a entender que primero hay que agotar la disponible, y luego afectar la legítima.

Dr. Almaraz: para mí, es necesario determinar antes que nada la parte disponible, por que en algún momento tiene que hacerse el cálculo.

Dra. Solavagione: para mí, la clave es la palabra “además”. Lo cual da la impresión que para poder sacar el tercio que le corresponde a él como discapacitado, previamente hay que agotar la porción disponible, por que en definitiva, les estás sacando parte a tus otros hijos. Va a haber tantos problemas de interpretación con los jueces. Yo me agarro de la palabrita “además”: pareciera ser que hay que agotar la disponible por que si no, estás agrediendo la legítima de los otros hijos. El tema es: la porción disponible puede ir para otra cosa? O deber ir: “además” para el discapacitado?

Dra. Villagra: la disponible, va, por ejemplo, para la secretaria que se te sienta en la falda. Digo esto para que lo veamos bien gráfico. La legítima global, que engloba a todos los hijos...entonces, la disponible va para lo que quieras. ¿Qué puede pasar?: que no la agotes. Ese porcentual no lo agotás ...

Dra. Solavagione: son dos posturas entonces. Ella lo ve diferente a nosotros.

Dra. Wallace: yo lo veo así: tenés una porción disponible que podés hacer lo que quieras, incluido lo de la secretaria. Pero si querés hacer una mejora al hijo discapacitado afectando la legítima de los otros co-herederos, primero tenés que agotar toda tu porción disponible, pero no para la secretaria.

Dra. Villagra: no me están entendiendo. Si la disponible no la agotaste con la secretaria....

Dra. Wallace: no, nada para la secretaria. No podés afectar la legítima para mejorar a la secretaria.

Dra. Villagra: a ver. De la disponible que es un tercio, tenés dos tercios de legítima. Si le diste menos a la secretaria, te va a sobrar menos del tercio de la disponible. Ese disponible lo vas a afectar para cubrir al discapacitado, y recién cuando se acabe vas a afectar la legítima. Vos por que pensás que a la secretaria le dejó todo.

Dra. Wallace: yo digo lo siguiente: la legítima es un intangible para determinados órdenes, de la cual no pueden ser privados. Ahora bien, para que el causante pueda disponer, primero tiene que agotar la disponible. Pero no puede permitirse que el causante por una liberalidad beneficie a un tercero, y los co-herederos con su porción legítima cubran las necesidades del incapaz por que lo dispone el causante.

Dra. Villagra: por qué no? Dice “además”, quiere decir que puede quedar un resto para él. Yo digo: obliga a soportar a los legitimarios cuando todavía queda disponible.

Dr. Fanzolato: hay que ver el 2.493.

Dra. Villagra: es que están diciendo lo mismo que yo.

Dra. Wallace: es que nosotros decimos que hay que agotarla todo en el incapaz, y vos decís que hay que usarla para otros fines.

Dra. Villagra: no estoy diciendo eso. Estoy diciendo que tenés una disponible que podés hacer lo que quieras. Quizás no la agotaste, quizás te alcanza para beneficiar a tu hijo. Y después, cuando terminas de beneficiar a tu hijo, podés usar eso.

Dra. Wallace: lee el art. 2.493. Vos no podés afectar la legítima por el 2448, sin antes haber dispuesto la disponible con ese fin. Y lo que dice Raquel es que la porción disponible puede ser utilizada con otros fines.

Dra. Solavagione: claro, y nosotros pensamos que primero tiene que agotarse con el incapaz. Porque la ley dice “además”. Se toma el tercio de la legítima, la porción disponible del causante debe haber sido destinada en su totalidad al incapaz, porque si no la ley no diría “además”, diría “sin perjuicio de la porción de libre disponibilidad”.

Dra. Villagra: no me están entendiendo. A ver si puedo ser clara: el tercio disponible uno lo puede usar para lo que quiera. Qué puede pasar? Que se abarque toda la disponible o no. Entonces vas a tener un porcentual del tercio para mejorar o no, o para hacer lo que quiera. Lo que digo que para que recurras al tercio de la legítima del otro ...

Dra. Wallace: entiendo el mecanismo de razonamiento, pero interpreto de otro modo.

Estamos en el artículo que dice mejora a favor de un heredero con discapacidad. A mi me parece que si el causante tiene tres computadoras, dice a esta se la doy a Entonces mis hijos pueden decir: me están mermando a mí para favorecer a un legitimario con discapacidad, en lugar de utilizar la disponible.

Dr. Almaraz: pero en todo caso, el artículo debería decir “agotada la parte disponible”.

Dra. Wallace: pero lo dice.

Dr. Almaraz: no, no dice agotada.

Dra. Wallace: dice “el causante puede disponer, además de la porción legítima”.

Dra. Villagra: “además” significa que puede usar la disponible, y si quiere ...

Dr. Almaraz: si no, cuando hay un heredero discapacitado, no habría parte disponible, por que sería obligatorio utilizar la parte disponible en él.

Dra. Solavagione: el artículo dice “puede”.

Dr. Almaraz: pero entonces si “puede” mejorar, también “puede no mejorar”.

Dra. Wallace: eso sí.

Dra. Solavagione: para mi, solamente se recurriría al tercio para el hijo discapacitado, si el señor no dispone a otros fines, porque si no ... apliquemos también un poco las normas que hemos aprendido en derecho sucesorio. Sabemos que la legítima es intangible, que salvo las cuestiones como bien de familia, indivisión forzosa, etc., la legítima es intocable. Si bien es cierto que se pasó a un sistema de legítimas muchísimo más frágil, incluso con la opinión favorable mía ...

Dra. Villagra: creo que se está perdiendo la dimensión de la norma, que creo que es: yo te permito que de la porción que no es disponible para vos, la uses para un miembro de tu familia. Pero tiene una dimensión diferente: cuándo yo, coheredero puedo quejarme? Cuándo se deja el tercio sin hacer nada, y me estás perjudicando a mi legítima. Pero acá dice: además de la porción disponible. Significa te doy más. Lo que creo que dice mal es ...

Dr. Fanzolato: pero no dice “hasta”. A ver: se murió la persona, sacamos un tercio ...

La Dra. Solavagione se comunica telefónicamente con la Dra. Vilma Vanella.

Dra. Wallace: pero que uso tiene la porción disponible?

Dr. Fanzolato: acá la mejora es para el heredero con discapacidad.

Dra. Wallace: lo que a mi me hace ruido es lo siguiente: la mejora procede de la parte legítima aun cuando el causante uso la disponible con otros fines? Esa es la pregunta.

Dra. Villagra: es una mejora voluntaria del causante.

Dr. Almaraz: supongamos que de la parte legítima se beneficia una parte a Cáritas y al discapacitado. Luego, puedo usar el tercio?. Para mi no hace falta agotar la parte disponible con el discapacitado, al menos según lo que interpreto de la norma.

Dra. Villagra: si no, la otra interpretación sería, que como discapacitado se tiene el tercio de la legítima. Y no es así.

Dra. Wallace: un tercio de las porciones legítimas.

Dra. Villagra: vos tenés un tercio que hacés lo que quieras. Suponete que la utilices completa, te quedan dos tercios. De esos dos tercios lo dividís ...

Dr. Almaraz: soportarán el perjuicio el resto de los co-herederos.

Dra. Villagra: será por que no tienen que alimentar al incapaz.

Dra. Wallace: a mi me parece que no podés exigir a tus co-herederos capaces que soporten ellos, sin que antes hubiesen utilizado tu porción disponible para ese fin, no para Cáritas, ni para la secretaria.

Dr. Almaraz: eso sería lo justo, pero no dice eso la norma.

La Dra. Solavagione pasa la comunicación telefónica con la Dra. Vilma Vanella al Dr. Fanzolato, y luego a la Dra. Villagra.

Dra. Wallace: la cuestión es si puedo utilizar el 100% de la disponible para el incapaz, o puedo exigirles a mis herederos forzosos la tercera parte para el incapaz.

Dra. Vanella (*por teléfono*): yo creo que no es eso lo que quiso decir la ley. La norma dice “además”. Pero no sé.

Dra. Solavagione: la Dra. Villagra opina que la porción disponible se la puede dejar a cualquiera. Yo opino igual que vos: la porción disponible debe ir al incapaz, además del tercio que le corresponde.

Dra. Vanella: ... si el deseo es mejorarlo, (no se escucha bien)... Esto lo digo yo, por que el autor de la idea no está.

Dra. Villagra: es que no puede ser de esa manera, por que es una facultad del causante, no de los herederos.

Dr. Fanzolato: podemos hacer un paréntesis y dejar este artículo para tratarlo en otro momento.

Dra. Wallace: mejor sigamos con el trabajo. Sigo leyendo: No obstante ello, hay un sensible avance de la autonomía d la voluntad por sobre los intereses colectivos, dejando a salvo la posibilidad de protección de los descendientes y ascendientes discapacitados, esto su puede advertir en la reducción de las porciones legítimas, la reincorporación de la licitación, la eliminación del orden sucesorio nuera viuda, y en las causales de indignidad y en la prescripción de la acción de reducción a diez años a partir de la liberalidad, que pueden transcurrir en vida del causante.

Dra. Villagra: yo le sacaría “colectivo”. Podríamos poner: “familiares”.

Dra. Wallace: bueno, lo corregimos. Sigo. Contradictoriamente hay un retraimiento de la autonomía de la voluntad del causante en la erradicación de la desheredación. Se mantiene básicamente el esquema vigente los principios que informan el derecho sucesorio. La sucesión se define por voluntad de la ley y por voluntad del causante. Dentro de la primera, por órdenes y dentro de estos por grados, salvo derecho de representación. No se hay distinción al origen de los bienes. El llamamiento de la sucesión legal siempre es universal. El sistema mantiene la dicotomía de la sucesión en la persona (posesión de la herencia de pleno derecho) y sucesión en los bienes (adquisición con beneficio de inventario). Se aclaran algunos aspectos que generaron significativos esfuerzos doctrinario para su interpretación como aceptación, valor del silencio, legitimados activos y pasivos para la acción de reducción y colación, y se perdió la oportunidad de generar herramientas jurídicas que permitan agilizar la enajenación por parte de los coherederos que son prácticas corrientes, como el tracto abreviado.

Dra. Villagra: yo hay algo que quería preguntar, lo de la dicotomía del sistema.

Dra. Wallace: es por la 17.711 que pone la legítima ...

Dra. Villagra: no comparto el párrafo de la dicotomía, de que sean dos sistemas.

Dr. Fanzolato: la ley 17.711 intentó eso, pero no se logro. En la práctica se quiere utilizar el sistema de sucesión de los bienes.

Dra. Villagra: cuando codifican la parte del Derecho Romano, que es el sur de Francia, y la parte norte, del Derecho Germánico, y lo articulan, sale el Código Civil Francés. Es decir, lo que hizo la 17.711 fue mutar lo que antes era una regla de aceptación tácita, lo transformó en una excepción, pero no cambia el sistema. Por eso plantea como está redactado.

Dra. Wallace: continuo. Se muta la naturaleza de la legítima que puede ser suplida con dinero (2.454).

Dr. Fanzolato: *lee el art. 2.454.*

Dra. Villagra: entonces no es puede ser “suplida”, sino puede ser “desinteresada”.

Dra. Wallace: sería la palabra “sustituida”; ya no es un derecho al bien...Continuo leyendo: Figuras de altísimo contenido solidario respecto de los discapacitados (2.448) que lamentablemente excluyen al cónyuge.

Dra. Villagra: te referís al discapacitado.

Dra. Wallace: si, claro. Es lo que nos llevó dos horas de discusión. Sigo: Gran ausente la vocación sucesoria del conviviente. Indignidad: Se regula la figura de la indignidad excluyendo la desheredación. Se redefinen las causas de indignidad (*lee el art. 2.281*).

Dra. Villagra: para mi va a haber un problema con el tema de la imputabilidad, que está en la última parte del artículo. Necesito la condena: si no, presumo la inocencia. A lo que voy que una

persona por más que esté sospechado de abuso, y no tiene condena ..., salvo que se haya extinguido la acción penal por otra causa ...

Dra. Wallace: dice imputable al hecho lesivo.

Dra. Villagra: pero esa atribución es a dolo o culpa. No es lo mismo decir que soy causante de algo y en la parte objetiva no tengo culpa, y otra cosa es decir que soy imputable.

Dra. Solavagione: acá está lo del tracto abreviado. *Lee los Fundamentos del Proyecto*. Lo del tracto abreviado de la declaratoria solo existía en Córdoba.

Dra. Villagra: no, es una ley nacional. La 17.801.

Dra. Solavagione: la posibilidad de poder vender con la declaratoria de herederos sola, sin terminar la sucesión, es de Córdoba.

Dra. Villagra: pero es una ley nacional. Quizás te refieras a la denuncia de bienes.

Dra. Solavagione: tengo familiares que litigan en Buenos Aires y ellos no entienden como puede venderse sin terminar la sucesión.

Dra. Villagra: por que ellos inscriben la declaratoria.

Dra. Solavagione: el tracto abreviado existe en todo el país pero en algunas provincias como el caso de Córdoba, tiene particularidades que lo hacen diferente. En Córdoba se puede vender por tracto abreviado sin necesidad de la adjudicación de los bienes sucesorios.

Dr. Almaraz: en Tucumán, creo también.

Dra. Solavagione: sí, en Tucumán.

Dra. Villagra: quizás por que lo aplican diferente.

Dra. Wallace: encontré que la transferencia queda aprobada si el bien ... Pero qué sucede: la sucesión se destraba cuando sacan el bien ... (No se escucha bien).

Dra. Villagra: lo que existe acá es la obligación de los herederos de denunciar los bienes, no de hacer la operación de partición. Eso si es nuestro. Entonces se genera un valor de los bienes, y con eso hago un testimonio de esa presentación. Ellos qué hacen? Venden con la declaratoria y el testimonio. Pero siempre hablamos del tracto abreviado: no hay nada en el medio que impida que ese adquirente figura como sucesor singular del causante. Eso sale de la ley nacional. Lo distinto que nosotros tenemos es que no necesitamos partición sino denuncia de bienes.

Dra. Wallace: lo que digo es otra cosa: cuando tenés una sucesión complicada, nos ponemos de acuerdo y se van sacando los bienes. Los costos son bajos porque se paga el 3% del bien, no de todo.

Dra. Villagra: depende como se interprete la ley. Se paga cuando se pretende inscribir. El porcentual de tasa que se pide que se pague es lo que se va a inscribir. Tanto en Rentas como en Afip.

Dra. Wallace: en Familia es distinto. Además, te mandan un oficio.

Dra. Villagra: lo se, pero es un problema de la interpretación de la ley. La sucesión se paga en función de los bienes adquiridos. Cada uno debe en función de los bienes que recibe. Como me van a exigir algo que adquiere otra persona?

Dra. Wallace: sigamos. Básicamente, todas las causales que habilitan la indignidad, podrían subsumirse en la causal del inc. b), que vendría a ser una parecida a residual. Veamos la causal del inc. b) (*se lee*). Era como la injuria grave. El maltrato incluye todo.

Dr. Fanzolato: este artículo es importante, está muy bien.

Dra. Wallace: continuo. Es de lamentar que entre las causales no se prevea la incorporación del abandono emocional y geriatrización innecesaria del causante.

Dra. Villagra: que querés significar con “geriatrización innecesaria”?

Dra. Wallace: se habla de maltrato, y el abandono emocional es una forma de maltrato. Dejame que siga leyendo: ello así en razón que las causas de indignidad deben ser coherentes con los tiempos que corren, siendo este una evidente falta al deber de solidaridad respecto del causante adulto mayor vulnerable muy generalizada en estos días.

Dra. Villagra: no estoy de acuerdo con lo de la geriatrización innecesaria. De hecho mi suegra está geriatrizada. Cuando es o no necesaria la geriatrización?

Dra. Wallace: la ley de salud mental y los protocolos, hablan que a los ancianos deben preservárseles la residencia habitual. Entonces, si no existe una causa desde el propio anciano que le signifique el cambio de residencia habitual, no debe darse la geriatrización.

Dra. Villagra: hay situaciones donde no hay abandono y si hay geriatrización. Y cual será el criterio de la necesidad de la geriatrización?

Dra. Wallace: además, los estatutos internacionales que tratan el tema de la ancianidad, tienen parámetros para resguardar el centro de vida. Si ese centro se quiebra por una cuestión externa al anciano, ahí será innecesaria la geriatrización.

Dra. Villagra: yo planteo parámetros prácticos. Por que acá va a haber una lectura a posteriori de la muerte del causante. Lo que para una familia la decisión de geriatrizar a un miembro es muy traumática, o puede serlo, muchas veces hay personas que siguen insistiendo para asistir al que lo necesita, y resulta que se está dejando de lado atender a otros miembros de la familia que sí lo necesita. Entonces, la geriatrización es un conflicto grave dentro de la familia. Puede haber muchas decisiones vitales que generaron esa decisión, entonces a mi lo que me preocupa es la condena a posteriori de esa geriatrización. Es como si tuviera una piedra en el zapato. Es como pedir que la gente sea el ángel de la guarda, cuando en realidad es gente, hay que estar en esa situación. Me preocupa la condena. Por el solo hecho de geriatrizarlo, de la innecesariedad.

Juzgar la conducta a posteriori de la muerte sobre la necesidad o no de la geriatrización, no me cierra.

Dra. Wallace: sigo. La oportunidad para instar la indignidad es post mortem del causante (2.283). No obstante que el causante no tiene una vía directa para excluir a un forzoso de su sucesión, puede perdonar la ofensa vía testamentaria, disponiendo a su favor (2.282). Este perdón no es tal si los herederos del causante prueban que desconoció la existencia de la causal.

Dra. Villagra: te hago este planteo: el testador puede excluir por indignidad, esa es mi lectura, si dice que lo han maltratado. En realidad está preconstituyendo una prueba de la ofensa. Pero él sí puede.

Dra. Wallace: algo de eso digo acá. No obstante ello, hay ciertas figuras que indirectamente excluyen a uno o más herederos por voluntad del causante, como el artículo 2.420. Revocación: la partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad.

Dr. Fanzolato: *(no se escucha bien)*.

Dra. Villagra: claro, y yo pregunto: imputabilidad ... *(no se escucha bien)* ... mientras no me condenen, soy inocente, el reproche jurídico no se me puede atribuir. Debería decir: como excepción, no se exigirá condena cuando prescriba la acción penal, se archive el expediente, etc. Pero acá dice que no necesitamos condena. Puedo ser excluido por abusador, y luego se prueba que no lo soy. Creo que le falta técnica. Entiendo lo que quieren poner, pero la tecnicidad del término es lo que no comparto.

Dr. Fanzolato: esto que desaparece la desheredación; no se si no está mezclado, al hablar del testamento.

Dra. Villagra: desde el momento que se dice que se puede perdonar, también se dice que se puede elegir. El efecto sería, que a pesar que la ponga en el testamento, la van a tener que probar lo mismo ... si yo puedo poner cualquier cosa, cambia al vigente ...

Dr. Fanzolato: claro, acá no establece una restricción. Habrá que ver el tema del maltrato, que puede ser de cualquier índole. Hay que ver el inciso e).

Dra. Villagra: la cuestión de los alimentos debidos, qué quiere decir? Cuáles son? Si usamos el parámetro de incumplimiento de asistencia familiar, es otra cosa. Cómo se habla de una causal de exclusión, la interpretación tiene que ser restrictiva. Podemos decir que los criterios del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; o no, no sé.

Dra. Wallace: es que el incumplimiento de los deberes de asistencia familia no requiere... justamente hay no hay que tener un alimento ejecutoriable. Cuando lo intimás y el denunciado

no acredita una solvencia mínima, haber solventado mínimamente ... Por eso con poca plata se saca la pena. A diferencia de sede civil, donde hay una cuantificación. Ahora, cuáles son: los debidos son los ejecutoriales o los que voluntariamente acordaron?

Dra. Villagra: tené en cuenta que esto se va a dirimir después de muerte. Entonces, vas a hacer una retrospectiva para excluir. A mi me parece razonable tener una condena para pagar algún monto.

Dra. Solavagione: debería decir que el simple incumplimiento de la obligación alimentaria genera la ...

Dra. Villagra: pero cuáles son los debidos?

Dr. Fanzolato: todos los que son los debidos. Hay un montón de alimentos convencionales.

Dra. Wallace: sigo. Yo quería comentarle lo siguiente: hay dos figuras interesantes para valorar que son, primero la revocación del testamento, que es la 2.420. Porque resulta que La partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad. Es decir, que vos hacés una partición y después revocando la partición, en cierta forma estás desheredando al heredero, indirectamente.

Dra. Villagra: si se hace eso, quien prueba la causal de la indignidad?

Dra. Wallace: es lo que puede hacer el causante. Se revoca la partición por donación, no deshereda, pero indirectamente lo está haciendo. Qué sucede: se tiene que interpretar con el 2.283 que establece que la acción de indignidad puede ser articulada como excepción a la colación, reducción y petición de herencia sin caducidad. Es interesante el juego de estos dos artículos... (*no se escucha bien*) como acción, son tres años desde la apertura de la sucesión. Ahora bien, como excepción no tiene plazo de prescripción.

Dra. Villagra: por lo tanto, nunca te van a perdonar nada.

Dra. Wallace: claro. Como excepción, los coherederos pueden oponer la indignidad en cualquier tiempo. Es una forma indirecta de desheredar: haciendo una partición en vida, cuando el excluido quiere reclamar... Es una forma indirecta de desheredar.

Dra. Villagra: pero si tenés la ofensa en un año determinado, se supone que la partición fue anterior a la ofensa.

Dra. Wallace: no, posterior.

Dra. Villagra: entonces no partiste. Si no la hiciste, es por que la ofensa es anterior. Si la hiciste y la perdonaste, quiere decir que la causa de la exclusión debe ser posterior.

Dra. Wallace: después de eso, se hacen liberalidades a los otros coherederos, y el excluido está esperando los 3 años para purgar la indignidad, por que después de los tres años caduca la acción. Pero lo que caduca es la acción, no la excepción. Entonces los co-herederos que adquirieron en virtud de eso, pueden oponer la indignidad en cualquier tiempo. Se lo puede excluir, no se llama desheredación, pero puede. Genera una exclusión por su propia arbitrariedad, y el excluido, pese a que no es por vía testamentaria, tampoco va a poder acceder a los bienes si los otros le oponen la excepción de indignidad.

Dr. Fanzolato: es muy complicado.

Dra. Wallace: es el juego del 2.420, 2.283 y 2.284. Leamos (*se leen los artículos*).

Dra. Solavagione: pero antes es necesario que se plantee la acción.

Dra. Wallace: la acción es reducción, colación o petición de herencia. Y el coheredero le opone la excepción de indignidad en todo tiempo. De este juego no vuelven más los bienes a la masa. No tiene un título que dice desheredación, es una forma indirecta de desheredar.

Dra. Villagra: en realidad hay que ser indigno al tiempo de la muerte. Te van a cuestionar por indigno pero en definitiva es en ese momento donde se va a analizar la capacidad sucesoria tuya. Lo mismo van a tener que pedirla.

Dra. Solavagione: aparte de eso que estamos hablando, queda alguna otra causal de indignidad?

Dra. Wallace: no, con eso terminamos. Quedan cuestiones interesantes para debatir: cómo se organiza la prejudicialidad penal, los legitimados activos, como influye la posesión de herencia, la caducidad de la acción, cual es la buena o mala fe....

Dra. Solavagione: lo novedoso sería lo de las causales de la ingratitud de la donación. El inciso i) es el novedoso de lo que hemos visto. Hay que ver lo de las donaciones.

Dra. Villagra: está en los art. 1.560, 1.569 y 1.571 (*se leen*).

Dra. Solavagione: y también hay que ver el 1.572 (*se lee*).

Dra. Wallace: es poco preciso.

Dra. Solavagione: a mi me parece que estas causales están muy bien.

Sin alcanzar a agotar el cometido del presente acto, siendo las 19:40 horas, se procede a cerrar el acta, incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente invitando a los miembros presentes para el próximo encuentro a realizarse el día martes 18 de Septiembre a la misma hora.

ACTA DE LA DECIMOCUARTA REUNION

En la ciudad de Córdoba, a los dieciocho (18) días del mes de Septiembre del año dos mil doce, siendo día y hora de reunión fijada a los fines de continuar con la temática **de la Comisión de Familia de Estudio del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, se reúnen en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba los aquí presentes: Dr. Eduardo Fanzolato –Académico de Número-, Dra. Alicia García de Solavagione -Miembro del Instituto de Derecho Civil- y Ab. Nicolás Alejandro Almaraz. Abierto el acto, se procede a tratar el **Libro Quinto: “Transmisión de Derechos por causa de muerte” del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, cuyas ideas centrales se esbozan en “*Conclusiones*”.

Versión literal de la reunión mediante la desgrabación de lo tratado en la misma

Dra. Solavagione: comienza a tratar el tema de las legítimas: art. 2.424 (*lee*) y el art. 2.425 (*lee*). Podemos decir que hay un cambio: **se observa que la nuera viuda sin hijos deja de ser un orden hereditario**. Se resalta que la explicación de la omisión de la figura está en los fundamentos del proyecto. Entiendo que la figura debiera haberse mantenido, e incluirlo al yerno viudo en iguales condiciones, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia en “Morales o Moralez, Agustina. Declaratoria de Herederos (Expte. N° 1261142/36)”²²², entre otros. Y en especial, por los argumentos vertidos en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 1993, más allá de nuestro trabajo citado al pie.

El sistema sucesorio argentino mantiene el sistema de las legítimas, con la salvedad que en algunos órdenes se cambian las porciones. Además, sigue el mismo principio de la sucesión de los hijos: heredan por derecho propio y partes iguales. Los demás descendientes heredan sin limitación de grados. Por eso no hay tanta controversia, en materia de sucesiones se mantuvo lo del Proyecto del 98. También se mantiene el principio de proximidad de grado, por lo que subsiste el derecho de representación en tres casos. En el art. 2.429 están los casos: premoriencia, renuncia e indignidad. **Se resalta que los casos de desheredación están subsumidos en la indignidad, y se omite la ausencia con presunción de fallecimiento**. Me parece bien que se hayan unificado las causales, y también lo de la ingratitud.

²²² **García de Solavagione, Alicia:** “*El derecho del yerno viudo en la sucesión de sus suegros*”. Ed. Advocatus, Córdoba. Argentina. 2009.

Dr. Fanzolato: ahora no hay más ausencia con presunción de fallecimiento. Hay que ver los artículos 85, 86 y 89 (*se leen*). Hay que ver también las causales de la disolución de la sociedad conyugal: arts. 475 y 476 (*se leen*). Ahora solo se habla de muerte presunta. En definitiva, se toma como una premoriencia.

Dra. Solavagione: hay que estar atento a eso, porque puede ser que antes de divorciarse, se puede pedir muerte presunta. El ausente para el proyecto, está técnicamente muerto. Y tengamos en cuenta que el que muere recibe todo. Veamos el 480.

Dr. Fanzolato: creo que lo aclara. Actualmente hay dos posiciones: de Belluscio y de Zanonni.

Dra. Solavagione: para mi es como una muerte. Cuál es la diferencia? Antes no extinguía la sociedad conyugal, ahora sí.

Dr. Fanzolato: Zanonni dice que no.

Dra. Solavagione: ahora es un sinónimo. Es muerte presunta. Es importante resaltarlo: una persona que antes tenía derechos, que podría estar viva,... ahora técnicamente no.

Dr. Almaraz: pero no se extingue el vínculo? No se recupera la capacidad nupcial?

Dr. Fanzolato: se extingue la sociedad conyugal. Y también se extingue también el vínculo.

Dra. Solavagione: pasemos a la sucesión en caso de adopción. No se si tiene mucho sentido lo del adoptado (*art. 2.430*). El problema que veo es en el tema del mantenimiento de los vínculos de origen, a criterio del juez. El artículo se refiere a quien? Veamos el 2.432 (*lee*). Para mi no hay ninguna modificación. Pasemos al 2.433 (*lee*). Se dice lo mismo que lo vigente, y el 2434 habla de la concurrencia con el ascendiente: le corresponde la mitad de la herencia. Se refiere a los gananciales.

Dr. Fanzolato: no, se refiere a todos los bienes.

Dra. Solavagione: se agrega la figura del matrimonio *in extremis*, que es una gran modificación: la excepción que hacía mantener la vocación hereditaria era para regularizar una situación afectiva preexistente, habiendo al respecto 3 posiciones: una amplia sostenida por el Dr. Fanzolato, que decía que situación afectiva podía comprender toda relación que el causante pudiera tener, hasta de amistad; una restringida que era la que sostenía el Dr. Borda, que solamente contemplaba la situación del concubino; y una intermedia, sostenida por Azpiri y Zanonni, que decían que no solo incluía el concubinato sino la matrimonialización de hijos y el noviazgo. En el Proyecto solo contempla la situación de los convivientes. En definitiva, **en el supuesto del matrimonio *in extremis* la excepción únicamente está dada por la unión convivencial, sin aclarar si es registrada o no.** Para mí, lo limita mucho. Sigamos avanzando con la sucesión de los colaterales (*lee los artículos 2.438 y 2.439*).

Dr. Almaraz: por qué se dice “descendiente de hermanos”?

Dr. Fanzolato: ... el sobrino nieto del muerto va a excluir al tío. Es igual que en el vigente, pero se aclara ahora.

Dra. Solavagione: el art. 2.440 mantiene la discriminación entre hermanos bilaterales y unilaterales a los efectos sucesorios. Sigamos con los derechos del Estado, creo que no hay mucho por decir de eso.

Dr. Almaraz: veo que hay mucha referencia a la vacancia.

Dra. Solavagione: claro, antes no estaba. En el supuesto de la herencia vacante me parece insólito que “cualquier interesado” como dice el artículo, pueda pedir la vacancia. Ello nos lleva a pensar que, quizás, razones de índole impositiva llevaron a **eliminar la figura de la nuera viuda sin hijos, dándole prioridad a la vacancia, como sugiere el Dr. Almaraz.** Además, el interesado pediría a nombre propio, no para que se lleve el acervo hereditario el Estado. No parece claro que cualquier persona ... Con respecto a las porciones legítimas del 2.444, marqué quienes tienen porción legítima. Ya resaltamos que se elimina a la nuera viuda, a mi juicio, innecesariamente. **El gran cambio está en el art. 2.445. Cambia la legítima de los descendientes y de los ascendientes.**

Dr. Fanzolato: es importante **destacar que el artículo dice “a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.** Se clarifica ... hay en doctrina distintas posturas. La postura tradicional dice a la época de la muerte, pero es para países donde no hay inflación, con economías sólidas, que pasan 20 años y es lo mismo. Pero acá no es así: si tenemos en cuenta la inflación a la época de la muerte, y el sucesorio dura 10 años, cambia todo.

Dra. Solavagione: esto está muy bien entonces. Sigo con el 2.445 (*lee*). Si bien no estaba en la ley, en clase decíamos que mientras existiera un miembro del orden, se beneficiaba a todos. Acá se aclara. En el 2.446 se habla de la concurrencia: es igual, como el 2.447. Después hablaremos del artículo conflictivo, el 2.448. Paso al 2.449, queda igual.

Dr. Fanzolato: lo trascendente es que se aclara **el legatario de cuota: se aclara la naturaleza jurídica: son herederos de cuota.** Es decir, los únicos que van a la sucesión son los legatarios (*no se escucha bien*).

Dra. Solavagione: dentro de los receptores de la sucesión, quedan dos categorías: herederos y legatarios, y dentro de los herederos, los herederos de cuota, ya no son más legatarios de cuota. Hay que resaltar eso. Sigo con el 2.451 y el 2.452 (*lee*); hay que ver el 2.358 (*lee*).

Dr. Fanzolato: también hay que ver el 2.268 (*se lee*). Ahora no aparece el legatario de cuota.

Dra. Solavagione: pero volviendo al 2.450, es para mi el que introduce la figura del heredero de cuota, y no el legatario de cuota.

Dr. Fanzolato: Cafferata hablaba de tres categorías: el heredero, el legatario y el legatario de cuota, que es una figura intermedia pero que no tiene título universal. Habrá que ver ahora como queda dentro de la nueva regulación.

Dra. Solavagione: todavía no sabemos si tiene derecho a acrecer o no. Sigo con el 2.453 (*se lee*): queda igual.

Dr. Fanzolato: es como se hace ahora, sin regulación.

Dra. Solavagione: sigo con el 2.455 y 2.456. No hay muchos cambios. Vamos al 2.459, donde está la gran crítica de Azpíri: la prescripción adquisitiva (*se lee el artículo*).

Dr. Fanzolato: Belluscio lo dice así.

Dra. Solavagione: habría que compatibilizar este artículo con el tema de las donaciones. Pero, entiendo que quizás ahora se le da mayor estabilidad a las donaciones, cosa que antes no existía. Yo no veo mal esto: se da estabilidad a la compra hecha por donación, que antes no tenía. El Dr. Fanzolato siempre nos repite: nunca compren algo cuyo título se base en una donación. La donación es una institución bastante débil, bastante precaria, y acá cambia.

Dr. Fanzolato: Es como si estuviésemos en presencia de una propiedad conjunta, de manos común, como tenían los alemanes. Acá todos tienen derecho sobre los bienes hereditarios. Esa es una de las cosas que hay que tener presente. Si estamos en el sentido individualista romano, hacés lo que quieras. Pero acá es otra cosa. Por eso los alemanes decían que no hay propiedad individual, sino conjunta, y si alguien se moría no pasaba nada, no había juicio sucesorio, porque estaban los otros.

Dra. Solavagione: en definitiva, creo que se **da estabilidad a la propiedad adquirida por donación**. Sigo con el 2.461: queda prácticamente igual.

Dr. Fanzolato: veamos el 2.487 (*se lee*).

CONCLUSIONES

1. Se destaca como un avance normativo la incorporación del artículo 2.448, incorporando la posibilidad de mejora a favor del heredero con discapacidad. Al respecto y en función de la interpretación del artículo, se distinguen dos posturas: 1) La Dra. Solavagione y la Dra. Wallace, sostienen que previa a la mejora del tercio adicional (que afecta a la legítima del resto de los co-herederos), es necesario que el causante agote su porción disponible. 2) La Dra. Villagra y el Dr. Almaraz afirman que de la lectura del artículo 2.448, no se desprende tal necesidad y sólo se requiere que se utilice una parte de la disponible en el heredero con discapacidad, pudiendo utilizarse el resto según la voluntad

del causante. A su vez, difieren en el sentido de la norma: el Dr. Almaraz piensa que es injusto afectar la legítima del resto de los coherederos sin utilizar parte de la disponible en el discapacitado, y la Dra. Villagra sostiene que el fundamento de la porción disponible es la plena libertad del causante sobre esa porción.

2. Se resalta que los casos de desheredación están subsumidas en las de indignidad (art. 2.281) omitiéndose la causal de ausencia con presunción de fallecimiento.
3. Se advierte lo inapropiado de la locución “imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal” (art. 2.281 in fine), por vaguedad y por posible afectación al principio de inocencia.
4. Se resalta como positivo la incorporación del inciso i) del artículo 2.281 (demás causales de ingratitud como causa de indignidad).
5. Se destaca que el artículo 2.284 deja abierta la posibilidad de plantear la acción de indignidad como excepción sin plazo de prescripción ni caducidad.
6. Se observa que la nuera viuda sin hijos deja de ser un orden hereditario. En disidencia: Dra. García de Solavagione quien considera que debiera mantenerse, incluyendo al yerno.
7. Se advierte que en el supuesto del matrimonio *in extremis*, la vocación hereditaria se mantiene como excepción, únicamente por la unión convivencial, sin aclarar si ella debe ser registrada o no.
8. Se observa que el art. 2.440 mantiene la discriminación entre hermanos bilaterales y unilaterales a los efectos sucesorios.
9. Se destaca la innovación en el cambio de la porción legítima de ascendientes y descendientes (art. 2.445).
10. Se resalta que en el artículo 2.445 se aclara, en relación a las porciones legítimas, “a la época de la **partición** según el estado del bien a la época de la donación”, seguramente motivada por el reconocimiento a la coyuntura inflacionaria vivida por nuestro país en los últimos años.
11. Se observa que se aclara la naturaleza jurídica del legatario de cuota: se lo reconoce como heredero de cuota.
12. Se reconoce como positiva la incorporación del artículo 2.459, al dar estabilidad a la propiedad adquirida por donación.

Agotado el cometido del presente acto, siendo las 19:45 horas, se procede a cerrar el acta incorporándose en el temario tratado, con lo cual se da por finalizada la reunión. Seguidamente, en prueba de conformidad, previa lectura y ratificación, se firma la presente.