

CLAVES DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor:
Medina, Graciela

Cita: RC D 1018/2017

Tomo: 2015 0 Numero extraordinario. Claves del Código Civil y Comercial

Revista de Derecho Privado y Comunitario

Sumario:

1. Introducción. 2. El método. El valor de las partes generales. 3. La necesidad de la reforma integral y orgánica del Derecho de Familia. a) Desactualización del Derecho de Familia con respecto a la realidad. b) Necesidad de adecuación al plexo constitucional. c) Desarmonía legislativa provocada por las reformas parciales. d) Carencia de cualquier reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio. 4. La filosofía del Código Civil y Comercial unificado. a) Respeto por la autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones personales y patrimoniales, con una consiguiente disminución de las pautas imperativas que siempre caracterizaron al Derecho de Familia. b) Imperatividad de las normas de Derecho de Familia relativas a la responsabilidad parental. c) Capacidad progresiva. d) Respeto y regulación de los diferentes modelos de familia y neutralidad de las soluciones. 5. Las críticas al sistema. El porcentaje de rechazos. Las encuestas. 6. Los cambios más importantes. 7. El cambio en las denominaciones. 8. La disminución explícita de los deberes del matrimonio. 9. El divorcio incausado. 10. Las compensaciones económicas. 11. La unión convivencial. 12. El parentesco por afinidad. 13. La filiación por voluntad procreacional. 14. El régimen patrimonial del matrimonio. a) La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes. b) El establecimiento de un régimen primario bajo el título disposiciones comunes a todos los regímenes. c) La inoponibilidad de los actos realizados en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal. d) Detallada regulación de los bienes propios y gananciales tratando de dar respuesta legal a todas las cuestiones que durante años preocuparon a la jurisprudencia. e) Se presume el carácter ganancial de los bienes. f) Deudas de los cónyuges. g) Administración de los bienes gananciales. h) Administración de los bienes adquiridos conjuntamente. i) Extinción de la comunidad. j) Momento de la extinción. k) Indivisión poscomunitaria. l) Atribución preferencial. 15. La adopción. 16. El proceso de familia. a) Principios generales. b) Acciones del estado de familia. c) Competencia. 17. Conclusión.

CLAVES DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1. Introducción

El Código Civil y Comercial redactado por la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo N° 211, del 23 de febrero de 2011, contiene profundas modificaciones al Derecho de Familia. En este artículo nos proponemos señalar cuál fue el método utilizado, justificar la necesidad de una reforma integral al Derecho de Familia, analizar cuál es la filosofía del Código Civil y Comercial y describir brevemente los cambios más importantes.

2. El método. El valor de las partes generales

El Derecho de Familia se incorpora al Código Civil y Comercial en el Libro Segundo, al que se denomina *Relaciones de familia*.

El Libro Segundo de las *Relaciones de familia* está dividido en ocho títulos, que son: Título I, *Matrimonio*; Título II, *Régimen patrimonial del matrimonio*; Título III, *Uniones convivenciales*; Título IV, *Parentesco*; Título V, *Filiación*; Título VI, *Adopción*; Título VII, *Responsabilidad parental*, y Título VIII, *Procesos de familia*.

Cada uno de estos títulos tiene una parte general en su inicio y en algunos casos hay dos partes generales en cada título, como en el caso del régimen patrimonial del matrimonio, que contiene disposiciones generales en el

Capítulo 1, relativo a la posibilidad de pactar el régimen patrimonial, y en el Capítulo 2, referidas al régimen de comunidad.

El dictado de partes generales en cada institución, que fue la técnica utilizada en el Código Civil y Comercial de 1998, tiene como objeto establecer conceptos normativos y señalar los principios generales a los que se debe acudir en caso de duda en la aplicación de la norma.

Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en cada una de las instituciones porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo [1].

Los principios generales de cada uno de los títulos que componen el libro dedicado a las *Relaciones de familia* cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

Los *principios generales del Derecho de Familia en general* y de la institución en particular *funcionan como fuente* en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que los principios generales por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del Derecho positivo.

Por otra parte como *elemento de interpretación de la ley* los *principios generales* sirven para: a) Solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas, y b) el principio general inspirador de una disposición que ofrezca dudas da la clave para su interpretación.

3. La necesidad de la reforma integral y orgánica del Derecho de Familia

El Derecho de Familia requiere de una forma integral y orgánica por cuatro razones fundamentales. En *primer* lugar, porque ha quedado *desactualizado* con respecto a los cambios sociales que se han operado en la sociedad; en *segundo* lugar, porque hay que *adecuarlo a la Constitución* de 1994, que es posterior a muchas de las normas básicas; en *tercer* lugar, porque las *reformas parciales* introducidas fundamentalmente por la ley de divorcio vincular 23.515, la ley de matrimonio igualitario 26.618, la ley de mayoría de edad, la ley de salud mental y la ley de género han producido *desarmonías sistémicas* y desajustes legislativos que generan problemas que son respondidos por una jurisprudencia contradictoria, lo que produce inseguridad jurídica, y en *cuarto* lugar, porque el *régimen* patrimonial del matrimonio nunca ha sido integralmente reformado y ha quedado completamente inarmónico.

Vamos a tratar de explicar las cuestiones que fundamentan la necesidad del cambio.

a) Desactualización del Derecho de Familia con respecto a la realidad

La familia es una institución dinámica y evolutiva y el Derecho que la regula debe atender a la realidad que se presenta y dar encuadre a las situaciones actuales.

En este sentido el Derecho de Familia argentino está desactualizado y no constituye una herramienta eficaz para dar respuesta a los problemas que las familias tienen, ni para proveer un marco regulatorio a las formas como ellas se presentan.

Es imprescindible que se aggiornen y que se regulen instituciones y situaciones silenciadas.

Bastan dos ejemplos para demostrar la necesidad de una reforma integral. El Código no contempla las técnicas de fecundación asistida y silencia todo tipo de respuesta sobre la filiación que se origina a partir de estas prácticas absolutamente extendidas en la sociedad argentina, que cuenta con especialistas y clínicas que son reconocidas mundialmente por su experticia.

Mientras los tribunales deciden a lo largo y a lo ancho del país quién debe asumir el costo de su realización y la ley establece que están incluidas en el PMO, el ordenamiento iusprivatista nada dice sobre las relaciones de paternidad que se producen con su utilización, la falta de respuesta a cuestiones tan trascendentes como lo son la indeterminación de la paternidad y de la maternidad cuando se utilizan técnicas de concepción médicamente asistida es un claro indicativo de la necesidad de la reforma que debe dar solución a esta realidad familiar que no se contempla ni en el Código Civil, ni en leyes complementarias, y que originó que en el Código Civil y Comercial se regule la filiación por voluntad procreacional.

El segundo ejemplo de la desactualización normativa viene dado por la carencia de cualquier tipo de regulación

de la familia recompuesta o ensamblada, que nace a partir de los segundos matrimonios de los cónyuges. Después de más de casi un cuarto de siglo de vigencia de la ley de divorcio vincular, cientos de miles de familias se han constituido a raíz de las segundas nupcias de los divorciados sin que el Derecho contemple esta situación, ni dé respuestas a sus dificultades específicas.

Esta evolución social familiar, a la que podemos agregar la de las familias surgidas de las uniones de hecho, fuera de toda norma jurídica justifica una reforma integral del Derecho de Familia.

b) Necesidad de adecuación al plexo constitucional

La mayoría de las instituciones del Derecho de Familia han sido reguladas con anterioridad a la vigencia de la Constitución del año 1994, que incorpora a su texto los tratados constitucionales vigentes hasta ese momento, por ende las disposiciones constitucionales y supraconstitucionales de los tratados de los derechos humanos deben ser incorporadas al Código para hacer que éste sea congruente con ellas y evitar que los jueces deban dictar la inconstitucionalidad de las normas civiles desajustadas al Derecho Constitucional, como ocurre por ejemplo con la negativa de la legitimación del conviviente para reclamar el daño moral ante la muerte de su conviviente, para citar uno de los múltiples casos que se dan en los tribunales.

c) Desarmonía legislativa provocada por las reformas parciales

Múltiples fueron las reformas parciales que sufrió el Derecho de Familia directa o indirectamente desde la sanción del Código Civil hasta nuestros días. Entre las realizadas en el siglo XXI cabe mencionar la Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, que completa la política antidiscriminatoria respecto de las mujeres y tiende a su tutela efectiva frente a las distintas formas de violencia a que éstas se encuentran sometidas en la sociedad contemporánea, la ley 26.579, que determina la mayoría de edad a los 18 años, la ley 26.618, que permite el matrimonio entre personas de igual sexo con iguales efectos que el matrimonio entre personas de diferente sexo, la Ley 26.743 de Identidad de Género y la Ley 26.742 de Muerte Digna.

Estas leyes contemplan reformas en instituciones que no están pensadas para ellas, y generan múltiples incongruencias que requieren que el intérprete continuamente acuda a ficciones o declaraciones de inconstitucionalidad para vencer las desarmonías.

Para mostrar algunas de las contradicciones bástenos con recordar las suscitadas por la ley 26.618, que establece que no deben existir desigualdades entre los matrimonios homosexuales y heterosexuales, sin embargo, como la ley de matrimonio entre personas de igual sexo se ha insertado en un sistema en el que las nupcias estaban pensadas para las parejas heterosexuales existen divergencias, como, por ejemplo, las diferencias en las presunciones de paternidad matrimonial que no pueden aplicarse en forma idéntica a las parejas de lesbianas y a las parejas heterosexuales, porque no se puede aplicar a una relación lésbica la presunción de paternidad del marido de la madre, ya que no hay ningún padre.

En definitiva la falta de determinación clara de los lazos filiatorios que tiene el hijo biológico de uno de los cónyuges homosexuales, nacido durante el matrimonio, con el otro cónyuge, y la diferente regulación del "nombre de familia" establecido sólo para los matrimonios homosexuales y no para los heterosexuales, con más las distintas formas con que ambas uniones deben pagar el impuesto a las ganancias y a bienes personales, acreditan la necesidad de una regulación integral del Derecho de Familia que regulara los matrimonios del mismo sexo en todas sus instituciones o que cambiara sus instituciones a la realidad de un matrimonio sin diversidad sexual.

En definitiva cada una de las leyes que antes mencionamos produce desarmonías al introducirse en un sistema que había sido construido con otra realidad, ello justifica un cambio que armonice las nuevas soluciones en forma integral.

d) Carencia de cualquier reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio

Advertimos que a diferencia de los regímenes de patria potestad y de divorcio, que fueron íntegramente modificados por distintas leyes, el régimen de bienes del matrimonio del Código originario nunca fue

integralmente cambiado, sino que sufrió cambios parciales, que se fueron superponiendo con el correr de los años.

Como resultado de las reformas parciales que sufrió a lo largo de más de 140 años, el régimen patrimonial del matrimonio se presenta confuso, a tal punto que ni siquiera se sabe bien cuál era su denominación. Por otra parte las normas que lo reglan están dispersas en leyes ajenas al Código, y se duda de la vigencia de muchas de las disposiciones.

El sistema es incompleto y dificultoso ya que no existen disposiciones claras ni con respecto al régimen de deudas entre los cónyuges al momento de la disolución del matrimonio, ni con referencia a las normas a aplicar a la indivisión poscomunitaria, ni al sistema de las recompensas. Las soluciones se estructuran de acuerdo a una jurisprudencia que se consolida muy lentamente, con las consiguientes inseguridades jurídicas, producida por las divergencias en las diferentes jurisdicciones.

En el año 2015 el régimen de bienes en el matrimonio tiene las siguientes características:

- a) Está contemplado en un capítulo que se titula Sociedad conyugal, con lo cual lo primero que correspondía hacer era explicar que no se trataba de una "sociedad".
- b) Regula la "dote" de la mujer, siendo que la mujer casada carece de dote alguna, por ende hay que darle a la denominación "dote" un significado diferente e interpretar que toda alusión a "dote" equivale a "bienes propios de la mujer".
- c) No existen normas claras sobre indivisión poscomunitaria. d) El sistema de recompensas es confuso, lo que genera múltiples inconvenientes en un país signado por la inestabilidad económica y con grandes crisis inflacionarias. e) No hay disposiciones que aclaren cuál es el carácter de las crías de ganado en una República de característica ganadera [2]. f) Las disposiciones sobre la propiedad intelectual son insuficientes, no hay regulación alguna sobre las marcas, ni sobre las patentes, en un mundo signado por los avances tecnológicos [3].
- g) Hay discordancias de criterios sobre la existencia de bienes gananciales de "carácter dual", lo que genera inseguridades en la administración y disposición en bienes adquiridos con dinero propio y ganancial [4].
- h) No se encuentra aclarado si para disponer de las acciones nominativas y las participaciones se requiere el asentimiento conyugal, cuando el 90% del capital se encuentra en sociedades de familia.
- i) Se duda si a las acciones de fraude entre cónyuges se les aplican las normas de fraude entre los acreedores.
- j) No se sabe claramente cuáles son las normas que regulan las deudas entre los cónyuges al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

En definitiva si bien la labor de la jurisprudencia clarifica la cuestión, lo cierto es que se requiere una adecuación del régimen de bienes entre los cónyuges coherente con el sistema patrimonial imperante y con la situación de la mujer, protegida por múltiples convenciones internacionales que hacen insostenibles referencias a la dote de la "mujer casada".

4. La filosofía del Código Civil y Comercial unificado

Por las consideraciones antes enumeradas creemos que una reforma integral y armónica del Derecho de Familia es imprescindible. Lo que se discute en la comunidad son las características puntuales de las reformas adoptadas por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial que en definitiva obedecen a la elección de una política legislativa que responde a una determinada filosofía. En este sentido cabe enumerar cuáles son las bases filosóficas de las reformas.

La filosofía del Código Civil y Comercial se caracteriza por:

a) Respeto por la autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones personales y patrimoniales, con una consiguiente disminución de las pautas imperativas que siempre caracterizaron al Derecho de Familia

De allí la aceptación de: la voluntad procreacional, la posibilidad limitada de elección del régimen patrimonial matrimonial, la autorregulación de las uniones convivenciales, la delegación de la responsabilidad parental y la gestación por otro.

La *autonomía privada o capacidad de autorregulación se ve notoriamente ampliada en el Código Civil y Comercial unificado*, a tal punto que en el Derecho de Familia ya no cabe afirmar que la imperatividad es la regla

y autonomía privada la excepción.

En *numerosos supuestos conflictivos el sistema proyectado reclama ante todo un acuerdo entre los interesados*, como por ejemplo para acceder al divorcio se requiere obligatoriamente presentar un convenio regulador de los intereses familiares, y para regular la unión convivencial se prefiere la celebración de pactos de convivencia (arts. 513, 514 y 515).

b) Imperatividad de las normas de Derecho de Familia relativas a la responsabilidad parental

La ampliación de la capacidad autonormativa a la que hiciéramos referencia en el apartado anterior se da fundamentalmente en las relaciones de los convivientes y los cónyuges entre sí.

En principio el Código Civil y Comercial permite que los cónyuges puedan configurar el contenido de su matrimonio. Ello así establece un reducido número de deberes y derechos obligatorios, y permite que los contrayentes fijen las restantes pautas que regularán su matrimonio.

En las uniones convivenciales ocurre una situación similar, ya que los convivientes tienen un amplísimo poder para autorregular sus deberes y derechos tanto personales como patrimoniales mediante los pactos de convivencia, los que se encuentran limitados sólo por la condición de que no pueden de no 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.

Por el contrario el régimen propuesto no da igual capacidad de libertad a la autonomía de la voluntad en orden a la responsabilidad parental, ni a las normas relativas a la filiación, en estos supuestos los padres no pueden decidir cuáles son los deberes con respecto a sus hijos en contra de las normas legales ni por debajo de ellas.

En definitiva, en el sistema proyectado la mayor parte de las disposiciones legales con respecto a los hijos y a las personas con discapacidad se caracterizan por ser normas de carácter imperativo.

c) Capacidad progresiva

Otro de los principios que ha recogido el Código Civil y Comercial es el de la capacidad progresiva de las personas que se ve plasmado fundamentalmente en las normas del Derecho de Familia.

El sistema actual del Código Civil relativo a la capacidad es perfectamente válido para la capacidad patrimonial, esto es, para determinar la aptitud del sujeto para celebrar actos jurídicos y en particular contratos. Es un sistema que funciona a la perfección (o casi) para dotar de seguridad a las partes de que quienes están contratando pueden hacerlo. *Pero este sistema entra en crisis cuando se trata de determinar la capacidad del sujeto para el otorgamiento de otro tipo de actos*, en particular los de disposición de su propio cuerpo y de sus *derechos personalísimos*. Al menos con relación a estos actos, es por ello que el sistema proyectado recepta una capacidad progresiva o competencia cuya determinación puede hacerse en función de fraccionamientos o en función del discernimiento de cada sujeto individual.

En este sentido el Código Civil y Comercial otorga una capacidad diferenciada a los niños de los adolescentes, dándoles a éstos mayor autonomía en orden a las decisiones personales e inclusive otorgándole capacidad jurídica plena en algunos supuestos, como por ejemplo en la adopción los adolescentes pueden iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes.

Por otra parte en el sistema propuesto se propugna reiteradamente el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

d) Respeto y regulación de los diferentes modelos de familia y neutralidad de las soluciones

Una de las pautas básicas en la elaboración del nuevo Derecho de Familia ha sido el respeto por todas las formas de familia. Por ello *se ha elaborado un sistema lo suficientemente neutro para acoger a los opuestos modelos familiares que conviven en la sociedad del siglo XXI*, como lo son la familia nuclear, la familia monoparental, la familia ensamblada o recompuesta, la familia homosexual, la familia matrimonial y la familia extramatrimonial.

5. Las críticas al sistema. El porcentaje de rechazos. Las encuestas

Las críticas que se han realizado al sistema no tienen relación con la necesidad de una reforma integral y armónica, ni con las líneas filosóficas que antes hemos enunciado, sino que son críticas concretas a las soluciones adoptadas, es decir que se cuestiona la forma como los grandes principios, que no se discuten, se concretizan en las normas positivas.

Así, nadie discute ni cuestiona que se debe aumentar el margen de libertad en la regulación de las relaciones personales, ni que los niños tienen derecho a ser oídos, ni que es diferente la capacidad de un menor de 10 años a la de un joven de 17 años, ni la necesidad de respeto a los diferentes modelos familiares. Lo que se cuestiona es la forma como se pretende llevarlo a cabo y lo radical de las soluciones propuestas.

De ello da cuenta una encuesta realizada por el *Diario Judicial* relativa a la conformidad con la reforma proyectada, que arrojó los siguientes resultados:

El 21.5% contestó: "Es un cambio necesario. En reglas generales estoy de acuerdo con la iniciativa".

Mientras que el 19.9% respondió: "No hay nada que reformar. El Código actual es perfectamente útil".

La *mayoría del 58.6%* se inclinó por afirmar: "Creo que hay que reformar el Código pero hay que revisar más algunos puntos conflictivos".

Es decir que no hay consenso en la forma como se resuelven los temas conflictivos que son justamente los relacionados con el Derecho de Familia.

Los aspectos cuestionados son los referidos a la flexibilización de los deberes derivados del matrimonio, la supresión de la separación como forma de dar fin al matrimonio, la mirada desfavorable como se regula la adopción y la solución proyectada para el concubinato, denominado "unión convivencial".

En definitiva, lo que se critica es la falta de coherencia del sistema que propugna la libertad y la autodeterminación en las relaciones personales familiares, permitiendo la existencia de un matrimonio sin convivencia y sin deber jurídico de fidelidad al tiempo que retacea las formas de disolución del matrimonio prohibiendo la separación como forma de dar fin al mismo, e impidiendo toda forma de unión libre entre dos personas.

Señala Guillermo Borda (h): "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 Código Civil y Comercial amplía la 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 razones no puede permitírseles mantener su vocación hereditaria o el derecho a recibir alimentos de por vida si así lo convinieran y que estando divorciados vincularmente no lo pueden hacer?" [\[5\]](#)

Apunta Julio Rivera, con la agudeza que lo caracteriza: "Realmente me resulta difícil identificar cuál grupo cultural, social o religioso de los que comparten nuestro suelo propone esta 'visión' del matrimonio".

"Pero aun suponiendo que éste no es un modelo matrimonial de probeta, sino que responde a alguna necesidad o reclamo social de algún -hasta ahora ignorado por mí- grupo social, se trataría, según anuncian los Fundamentos, de regular una serie de *opciones*".

"Pero entonces, ¿por qué no aparecen tales 'opciones' en los textos proyectados? Por el contrario: hay un solo modelo de matrimonio, y se nulifica la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio, teniéndose por no escrito el pacto que restrinja la facultad de solicitarlo (art. 436)".

"Por qué si queremos dar opciones de vida propias de una sociedad pluralista no pensamos en reales alternativas. Como por ejemplo que los contrayentes puedan optar por contraer: (i) un matrimonio indisoluble [\[6\]](#); (ii) un matrimonio susceptible de divorcio en razón de ciertas causas y sólo susceptible de ser promovido por el inocente, o (iii) un matrimonio con ciertas obligaciones personales voluntariamente asumidas por las partes, más extensas que las previstas para el matrimonio ordinario".

"Si bien podría cuestionarse la constitucionalidad de la opción por un matrimonio lisa y llanamente indisoluble no parece que ello pudiera extenderse a las otras hipótesis. En el marco de un sistema constitucional como el de Estados Unidos, de obvia vinculación con nuestro régimen constitucional, ciertos Estados admiten el denominado *covenant marriage* o matrimonio blindado o matrimonio alianza, en el que los cónyuges asumen determinadas causas de ruptura y el compromiso formal de superar las eventuales dificultades que pudieran amenazar la continuidad de la unión. Se trata de iniciativas legales orientadas al fortalecimiento del matrimonio que permiten la plasmación positiva de la libertad de los cónyuges de comprometerse y constituyen una alternativa a los

divorcios incausados; así lo señala el mismo título de un trabajo publicado hace ya unos años: El '*covenant marriage*' como alternativa a los «*non fault divorces*»" [7].

No reiteraremos acá las críticas al sistema de filiación ideado, sobre el tema remitimos a los múltiples trabajos publicados, entre ellos los de:

- Mizrahi [8];
- Sambrizzi [9];
- Berebere Delgado [10];
- Sojo [11];
- Laje [12], y
- Azpiri [13].

A ello se suman las críticas al complicadísimo sistema de adopción que se ha ideado con más la supresión, en el Código Civil y Comercial, de las normas relativas a la adopción internacional que se encontraban en el Código Civil, que al menos daban seguridad a los argentinos que adoptaban en países extranjeros.

Por nuestra parte pensamos que el Código Civil y Comercial, en estos aspectos, requiere un consenso mayor que el que cuenta hoy en día. A continuación enumeraremos y reseñaremos brevemente los cambios más importantes que se proponen.

6. Los cambios más importantes

En este punto nos proponemos enunciar los cambios más trascendentes en la materia.

Los diez más importantes son:

1. El cambio en las denominaciones tradicionales.
2. La disminución explícita de los deberes personales del matrimonio, con la reducción del deber de fidelidad a deber moral.
3. El divorcio incausado.
4. Las compensaciones económicas.
5. La regulación del concubinato, al que se denomina unión convivencial.
6. El establecimiento de deberes para los padres por afinidad.
7. La aceptación de un tercer tipo de filiación. La filiación por voluntad procreacional.
8. La posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial y los cambios al régimen de comunidad.
9. El establecimiento de un nuevo procedimiento de adopción, más complicado, con más actores y con gran preponderancia del órgano administrativo.
10. La regulación del procedimiento de familia.

7. El cambio en las denominaciones

El primer cambio que advierte quien lee el Código Civil y Comercial por primera vez, aunque no el más significativo, es el cambio en las denominaciones clásicas del Derecho de Familia.

Al cambio en los nombres se agregan por una parte nuevas denominaciones para nuevas categorías de relaciones familiares y por otra la aparición de relaciones sociales existentes en la sociedad pero que no tenían hasta el momento efectos jurídicos, como lo es el "allegado", el "amigo íntimo", el "referente afectivo" o el "cuidador".

La justificación para cambiar la nomenclatura es evitar en algunos casos el contenido discriminatorio que el significado etimológico de los términos contiene, como en el caso de "concubinato" o de "patria potestad".

Cabe señalar que la etimología de los términos se ha desprendido de su sentido, así por ejemplo el término "salario" etimológicamente quiere decir pago con sal y a nadie se le ocurre que el salario se debe pagar con sal.

En igual sentido la etimología de la palabra "patria potestad" nada tiene que ver con el sentido que se le ha dado a ella a partir de la ley 23.264, que ya tiene 29 años de vigencia.

Cabe recordar que cuando se discutía la ley de matrimonio igualitario quienes se oponían a él señalaban que la etimología de la palabra matrimonio sólo permite referirse a la unión entre un hombre y una mujer, mientras que sus sostenedores afirmaban en forma coincidente que la etimología de una palabra no constituye de por sí una razón normativa para reconocer o desconocer un derecho [14].

Así, Solari señala "Que si bien muchas veces se incursiona en la etimología de un término, debemos advertir que las instituciones jurídicas evolucionan y cambian de conformidad con las sociedades y los tiempos en que son aplicadas. En este contexto muchas veces la etimología de una palabra va perdiendo su esencia y alcance que tenía en algún momento o en su origen. Muchos ejemplos pueden servir para ejemplificar tal aserto en el derecho de familia, encontramos términos jurídicos que poco tienen que ver con su origen histórico, patria potestad, filiación, apellido marital: entre otros" [15].

En definitiva la etimología de los términos no justifica los cambios propuestos a la denominación "patria potestad".

Los nuevos términos lucen como no discriminatorios, pero carecen totalmente de definición en cuanto a su contenido y alcance, y en muchos casos causan estupor ante su sola mención, así por ejemplo no se conoce exactamente cuál es la "extensión" de la "familia extendida", ni tampoco cuál es el concepto correcto de "referente afectivo", ni de "voluntad procreacional". Todos ellos términos que el intérprete se verá obligado a definir, delimitar y rellenar de contenido jurídico.

También nos encontramos con nuevos nombres y nominaciones que no encontrábamos en el ámbito jurídico, como:

- Voluntad procreacional.
- Pensión compensatoria.
- Pactos de convivencia.
- Referente afectivo.
- Allegado [16].
- Amistad íntima [17].
- Capacidad restringida.
- Persona protegida [18].

8. La disminución explícita de los deberes del matrimonio

Se acepta el matrimonio entre personas de igual y distinto sexo y se establece como principio general que no se pueden establecer distinciones entre ambos tipos de nupcias.

Se suprime el deber de fijación de un domicilio conjunto y se establece que el deber de fidelidad es sólo moral [19].

En un primer Código Civil y Comercial se había pensado en suprimir totalmente el deber de fidelidad matrimonial, porque se pensaba que el deber de fidelidad matrimonial no era estrictamente jurídico y debía quedar reservado al ámbito privado.

En los fundamentos de esta primera versión del Código Civil y Comercial se señalaba que como se establecía un divorcio incausado, el incumplimiento del deber de fidelidad no generaba consecuencias jurídicas y por eso no se lo regulaba.

La falta de deber de fidelidad en el matrimonio fue objeto de críticas desde todos los sectores de la doctrina jurídica, ya que por más que el divorcio se establezca en forma incausada la fidelidad es de la esencia matrimonial y hace a su causa fin, además de ser uno de los elementos que lo distinguen de otras asociaciones de dos seres humanos y la base o justificativo de la presunción de paternidad de los hijos matrimoniales.

Es absurdo establecer los deberes esenciales de la institución más vieja del mundo pensando en el procedimiento que la finalizará, ya que el proceso de disolución no puede fijar el contenido del instituto, que tiene perfiles propios por su propia conformación óptica y no por la forma variable y no esencial de su disolución.

Las estupefactas voces de la sorprendida doctrina jurídica argentina ante la inconsulta supresión del deber fundamental del matrimonio llevaron a que éste fuera agregado en el Código Civil y Comercial.

Llama la atención la escasa mención expresa a los deberes personales del matrimonio, cuando en otros contratos menos fundacionales de la sociedad se hacen prolijas enumeraciones de los deberes personales de los contratantes, así por ejemplo ninguna mención hay al deber de respeto matrimonial o al trato digno, mientras que por ejemplo en los contratos de consumo expresamente se dice con respecto al trato digno que "Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias" (art. 1097) y se agrega que "Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio" (art. 1098).

Nos negamos a pensar que el matrimonio puede encerrar menos obligaciones personales que los contratos patrimoniales, lo que ocurre es que ellas se encuentran implícitas y son tácitas y su no mención no las hace inexistentes. Así, por más que no se hable del deber de cohabitación o convivencia éste es de la esencia matrimonial y es el que da sentido y fundamento a la protección de la vivienda familiar y a la determinación de la competencia judicial por el lugar donde se ubica la vivienda familiar o a la determinación del Derecho aplicable en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

Otra de las novedades más significativas que tiene el Código Civil y Comercial con respecto al matrimonio es la posibilidad de que se casen las personas con falta de salud mental con dispensa judicial. La que será dada previo dictamen de los equipos de salud sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona [20] (art. 405).

Por otra parte si de esta unión nacieran hijos, los curadores de las personas con capacidades disminuidas serán también curadores de su descendencia.

9. El divorcio incausado

En relación con la disolución del matrimonio desaparece la posibilidad de optar entre separación y divorcio, y se acepta al divorcio como única forma de dar fin al matrimonio [21].

Lo más importante en materia de divorcio es que se deja de lado la culpabilidad y la inocencia a la hora de establecer las consecuencias, impidiéndose valorar la conducta matrimonial al tiempo de la disolución, siendo absolutamente igualitario el trato que recibe quien atenta, hiere, injuria, maltrata o tortura a su cónyuge con el que recibe quien se comporta con lealtad y respeto durante el régimen matrimonial.

En el régimen proyectado al momento de la disolución carece de importancia el comportamiento que se tenga durante el matrimonio, ya que las consecuencias del divorcio son iguales tanto para el cónyuge de buena fe como para el de mala fe o el que actúa con dolo.

El divorcio establecido en el Código Civil y Comercial es incausado y para obtenerlo lo único que se requiere es la presentación de una propuesta de convenio regulador o de un convenio regulador [22].

Se siguen los lineamientos generales de la reforma española del 2005, en cuya Exposición de Motivos se destaca que, fundado en el libre desarrollo de la personalidad -que se deriva del mencionado principio de autonomía de la voluntad- se "justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación [...] Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del 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, salvo por motivos personales".

Es decir que para divorciarse no se requiere que se enuncie y pruebe una causa subjetiva como las injurias o el adulterio, ni tampoco una objetiva como la separación de hecho por un tiempo determinado.

Para divorciarse basta la voluntad de uno de los esposos, sin que se necesite que el otro esté de acuerdo, ni que se encuentren separados, ni que haya pasado un tiempo desde que se celebró el matrimonio.

El divorcio lo puede pedir en cualquier tiempo un solo cónyuge sin el acuerdo del otro, y sin necesidad de acreditar, ni separación, duración en la separación, ni duración en el matrimonio, ni imposibilidad de convivencia, ni causas que hagan imposible la vida en común, ni desavenencia matrimonial.

Para solicitar el divorcio basta decir: "Me divorcio porque me divorcio" o "Yo me divorcio, me divorcio y me divorcio". Lo que recuerda al repudio, en el cual bastaba decir: "Yo te repudio, yo te repudio, yo te repudio", aunque valga aclarar que el divorcio proyectado tiene bastas diferencias con el repudio, ya que contempla algunas instituciones solidarias como las compensaciones económicas y la atribución de la vivienda familiar a quien más la necesita, instituciones todas ellas totalmente dissociadas de la buena o mala fe matrimonial e independientes del dolo, *ya que bien pudiera ocurrir que el cónyuge que actúa con dolo torturando a su mujer, tenga el beneficio de la atribución de la vivienda familiar o que se le deban pagar compensaciones económicas al violador y abusador.*

Se requiere solamente que se presente al juez una petición de divorcio con una propuesta que regule los efectos derivados de éste. En ningún caso el desacuerdo con el convenio presentado unilateralmente suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Es decir que la oferta de convenio puede ser justa o injusta, equitativa o inequitativa y hasta abusiva pero mientras que se presente, el divorcio se debe dictar y las partes seguirán

discutiendo las consecuencias de la disolución del vínculo, entre ellas la atribución de la vivienda familiar.

10. Las compensaciones económicas

Se regulan las compensaciones económicas para la finalización del matrimonio tanto por divorcio como por nulidad y también para el cese de la unión convivencial [\[23\]](#).

La compensación económica es un instituto nuevo en nuestro Derecho y difiere de los alimentos que se deben los cónyuges y de los daños y perjuicios.

La prestación compensatoria se fija a favor del cónyuge, o del conviviente a quien el divorcio o el cese de la unión convivencial, o el matrimonio anulado produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.

Reconoce como fundamento la solidaridad familiar y está destinada a lograr un equilibrio patrimonial, para lograrlo es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición.

El monto y la duración de la prestación compensatoria los fija el juez teniendo en cuenta: a) El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges o convivientes al inicio y a la finalización de la vida conjunta;

b) la dedicación que cada uno brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges o convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro, y

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial o común, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo (arts. 442 y 525).

11. La unión convivencial [\[24\]](#)

Se regulan los efectos del concubinato, al que se denomina unión convivencial, equiparándolo al matrimonio en todos los efectos personales y en varios de los efectos patrimoniales.

Como ya dijimos la "unión convivencial" constituye un neologismo porque el término convivencial no existe en el *Diccionario* de la Real Academia Española.

Se deja de lado toda idea de libertad y de autonomía de la voluntad para poder vivir en forma conjunta libremente y bajo el principio de la "solidaridad familiar" se impone a quienes viven unidos de hecho un régimen imperativo, legal y forzoso con severas consecuencias personales y patrimoniales.

Es muy importante tener en cuenta que la unión convivencial no se limita a producir efectos en el ámbito del Derecho de Familia, sino que genera consecuencias en todas las ramas y subramas del Derecho Privado. A título meramente enunciativo podemos mencionar que:

a) *Confiere legitimación* para demandar la incapacidad o capacidad restringida del conviviente (art. 33); solicitar la inhabilitación de la pareja (art. 48); prestar el consentimiento informado para actos médicos, si el paciente no es competente para expresar su voluntad (art. 59); decidir sobre las exequias (art. 51); ejercer las acciones de protección del nombre en caso de que el interesado haya fallecido (art. 71); recibir los frutos de los bienes del ausente, ser designado curador del ausente (art. 83); ser curador de su conviviente (art. 139); ser beneficiario de la afectación y desafectación de la vivienda al régimen de protección (arts. 246, 250 y 255), y transmitir la vivienda afectada (art. 250).

b) *Genera incapacidad* para que el juez confiera la tutela dativa de su conviviente (art. 108); para ser tutor de las mismas que su conviviente tiene prohibida la tutela (art. 110); para ser integrante del órgano de fiscalización de las asociaciones civiles en iguales casos que su conviviente (art. 174); para autorizar como oficial público un acto jurídico que su conviviente tenga algún interés (art. 291); para intervenir como testigo en un instrumento público que su conviviente actúe como oficial público (art. 295), y para seguir usando el apellido conyugal (art. 67).

c) *En la filiación* permite la adopción conjunta por convivientes y la adopción de integración del hijo del conviviente (art. 599). El conviviente es considerado progenitor afín, debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, el progenitor con quien convive le puede delegar la responsabilidad parental y es obligado alimentario subsidiario de los hijos de su conviviente (arts. 672, 674 y 676). Está obligado a realizar el inventario

de los bienes de su conviviente dentro del plazo de 3 meses cuando existan hijos menores (art. 693).

En cuanto a la determinación de la filiación de los hijos de los convivientes, en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre (art. 575) y tiene importancia en la filiación *post mortem* (art. 563).

La unión convivencial entre dos personas no basta para determinar la filiación de los hijos nacidos durante la convivencia, como se determina en el caso del matrimonio. Pero la convivencia de la madre durante la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada. Es de toda obviedad que no es lo mismo la clara determinación de la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio que la mera presunción de paternidad que sólo se aplica a los hijos de la mujer y no a los del varón.

d) *Derecho Procesal*: El domicilio en el cual los convivientes conviven fija las reglas de la competencia para las acciones de todos los conflictos derivados de las uniones convivenciales y para los alimentos entre convivientes (art. 719).

e) En las *relaciones contractuales* los acreedores deben conceder el beneficio de competencia a su conviviente. Valga recordar que el beneficio de competencia es un derecho que se otorga a ciertos deudores, para que paguen lo que buenamente puedan, según las circunstancias, y hasta que mejoren de fortuna (art. 892).

f) Frente a los *hechos ilícitos* el conviviente está legitimado para reclamar en concepto de indemnización por fallecimiento y los daños extramatrimoniales por el daño que sufre su pareja (art. 1746).

g) Con relación a los *derechos reales* el conviviente adquiere por mero efecto de la ley la habitación del conviviente supérstite (art. 1894).

h) En el *Derecho de Sucesiones* es causa de indignidad haber sido autor, cómplice o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del conviviente del difunto (art. 2281). Es incapaz de ser testigo del testamento de su pareja (art. 2481) por otra parte al conviviente se lo considera persona interpuesta si se lo beneficia en un testamento en el que su conviviente fuera incapaz para suceder (art. 2482). El supérstite que no tiene vivienda tiene el derecho real de habitación durante el término de dos años (art. 527).

i) En orden a la *prescripción*, la convivencia suspende su curso mientras subsista (art. 2543).

j) Con respecto al *Derecho Internacional Privado*, los alimentos entre convivientes se rigen por la ley del último domicilio convivencial.

Esta unión convivencial, cuyos efectos hemos enumerado, no es necesario que se registre, basta con dos años de convivencia para que produzca efectos jurídicos y si bien se prevé su registración, ella sólo es probatoria y no constitutiva.

Los convivientes pueden realizar pactos para regular sus relaciones patrimoniales, éstos son oponibles a terceros desde su registración, si no los hacen se le aplica el régimen matrimonial de separación de hecho.

Se aplica a los convivientes un régimen primario igual al de los cónyuges en cuanto a sus responsabilidades, asistencia, contribución a los gastos del hogar, responsabilidad de las deudas frente a terceros (art. 521) y protección de la vivienda familiar.

Es muy importante señalar que la vivienda familiar se transforma en inejecutable por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial (art. 522), lo que es extremadamente riesgoso para el tráfico jurídico porque la unión convivencial es una cuestión fáctica y normalmente el inmueble es la única garantía que tienen los acreedores, quienes pueden ignorar la relación de convivencia de su deudor. Aunque el peligro se ve relativizado porque la unión convivencial debe ser registrada para que cause efectos.

Por otra parte al cese de la convivencia la vivienda familiar puede ser atribuida a uno de los convivientes independientemente de que sea el propietario del bien, esta atribución se encuentra limitada a dos años o al tiempo que ha durado la unión si es inferior a los dos años y a la muerte del propietario el conviviente supérstite tiene el derecho real de habitación gratuito por el término de dos años.

Ambos convivientes están *obligados* por el pago de las deudas del hogar de los hijos comunes, y de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad que conviven con ellos.

Al cese de la convivencia se establecen compensaciones económicas para el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura.

En definitiva, la única diferencia trascendente entre la unión convivencial y el matrimonio es que el segundo otorga a las partes calidad de herederos forzosos mientras que el primero no, y que las nupcias tienen como régimen supletorio el de comunidad mientras que la convivencia tiene como régimen patrimonial supletorio el de separación de bienes, en lo demás son semejantes.

El Código Civil y Comercial opta decididamente por anular toda posibilidad de una convivencia libre entre

personas adultas, cuando se ha convivido por más de un año o dos años.

Prima en esto el concepto de solidaridad que ha servido de fundamento a toda regulación sobre el concubinato. Tal solidaridad fue el justificativo de que se obligara al Estado a aplicar a las uniones extramatrimoniales remedios de la seguridad social similares al matrimonio y que se otorgaran iguales protecciones frente al régimen de los infortunios laborales, es decir que las políticas públicas obligaban a los terceros a reconocer la unión convivencial con iguales alcances que el matrimonio.

Hoy el Código Civil y Comercial extiende la solidaridad a los miembros de la pareja, que no sólo van a recibir del Estado una pensión por causa de muerte de uno de los convivientes o a percibir indemnizaciones de terceros por accidentes de trabajos, sino que también tienen deberes y derechos en sus relaciones personales y frente a sus acreedores, porque resultaba absurdo que el Estado y los empleadores les reconocieran más derechos que aquellos que entre ellos se obligaban.

12. El parentesco por afinidad

En el Código Civil y Comercial se establecen severas responsabilidades y grandes derechos a los parientes por afinidad, en especial a los padres por afinidad.

Antes que nada vale aclarar que bajo el nombre de parentesco por afinidad se regula lo que en doctrina se conoce como "familia ensamblada" o "familia reconstituida".

Se entiende por parentesco por afinidad el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge. Así el marido de la mujer divorciada con hijos de una primera unión es el padre por afinidad de los niños de su esposa.

El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro.

Cabe señalar que en principio la unión convivencial no genera parentesco, sin embargo se le impone al conviviente la denominación de progenitor afín y se le establecen iguales efectos que a los cónyuges.

Lo más importante del Código Civil y Comercial es la obligación de cuidado y de alimentos que se atribuye obligatoriamente al padre afín a quien se le puede delegar parcial o totalmente la responsabilidad parental del hijo propio.

El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

En cuanto al deber alimentario se dispone expresamente que el progenitor afín tiene deber alimentario para con los hijos de su cónyuge o conviviente que en principio cesa con la finalización de la unión de su progenitor. Pero cuando el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente, si el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

Por otra parte el progenitor afín tanto viva en unión convivencial como en matrimonio es solidariamente responsable con su cónyuge o conviviente por las deudas alimentarias del hijo no común menor de edad que conviva con la pareja [25], tal como surge de las normas del régimen primario del matrimonio que se aplica también a las uniones convivenciales.

Además en el régimen proyectado se legitima al progenitor por afinidad a reclamar daño moral por el daño sufrido por el hijo de su cónyuge. Así en el artículo 1741 se dice que está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

13. La filiación por voluntad procreacional

Se establecen tres tipos de filiaciones: la filiación por naturaleza, la filiación adoptiva y la voluntad procreacional. La gran novedad del Código Civil y Comercial es la recepción de este tercer género de filiación que proviene de las técnicas de fecundación asistida y que hasta el momento no tenía una regulación general en el país.

La filiación por naturaleza y por técnicas de fecundación asistida se regula en forma conjunta mientras que la adopción se regula por separado.

Estos tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción) tienen diferentes causa fuente (elemento biológico, voluntad procreacional y jurídico) a los fines de la determinación de la filiación y su consecuente sistema en materia de acciones, pero no respecto a sus efectos. De esta manera, se evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial.

Al aceptar las técnicas de fecundación asistida como fuente filiatoria el Código Civil y Comercial se funda en el respeto a la autonomía de la voluntad, y más precisamente en el respeto a la autonomía de la voluntad procreacional, que permite y justifica tener un Código Civil y Comercial de vida autorreferente y que viene ganando terreno en el Derecho de Familia a partir de la aceptación del matrimonio entre personas de igual sexo, con el cual cayó en el olvido una de las incapacidades fundantes del matrimonio, cual era que para su celebración se requería diversidad sexual entre los contrayentes.

De la mano del matrimonio homosexual surgieron los problemas derivados de la determinación de la filiación en los casos de matrimonios de lesbianas que daban a luz hijos mediante las técnicas de fecundación asistida. Estos problemas requerían de urgente regulación para evitar que la filiación de los niños dependiera de contradictorias decisiones judiciales.

Todas estas consideraciones llevaron a la necesidad de regular las técnicas de fecundación asistida y sus consecuencias, y el Código Civil y Comercial se inclinó por otorgarle naturaleza de fuente filiatoria.

Con relación a la filiación por voluntad procreacional los puntos más importantes son el derecho a conocer la identidad y a la filiación póstuma [26].

En cuanto a la *fecundación post mortem* [27], se establece que en caso de muerte del 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 y nace dentro de los 300 días del fallecimiento. En definitiva, para que el hijo nacido *post mortem* mediante técnicas de fecundación asistida tenga derechos hereditarios su padre debe haber consentido la implantación del embrión o el uso del material genético en la mujer según lo dispuesto en el artículo 561 y el niño debe nacer en el plazo de 10 meses desde la muerte del causante. Ello implica que después de la muerte del *de cuius* hasta un plazo de 10 meses puede nacer un hijo del finado con derechos hereditarios.

En la filiación por técnicas de fecundación asistida el derecho a conocer los orígenes es limitado. Así el derecho de conocer la identidad genética con fines médicos es ilimitado cuando existan razones de salud, y el derecho a conocer la identidad del donante puede ser autorizado por autoridad judicial cuando existan motivos fundados y lógicamente sin que este conocimiento establezca filiación [28]. La solución adoptada es valiosa porque respeta los recaudos de anonimato que son necesarios para realizar las técnicas, pero ante un conflicto de intereses da preponderancia siempre a la salud del hijo y cuando el hijo funde la necesidad del conocimiento limita los alcances del anonimato por razones de equidad. Con lo cual, se logra un equilibrio que posibilita las técnicas y garantiza las necesidades del hijo estableciendo que ni el anonimato es *iuris et de iure*, ni el derecho a conocer al aportante del material genético es absoluto.

Cabe destacar como una reforma importante en orden a la filiación la ampliación del número de los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, que ahora se denomina filiación matrimonial. En la legislación vigente los legitimados son el hijo y el marido y le está vedada a la madre quien no puede aludir su propia torpeza, ni su adulterio, mientras que en la legislación proyectada se admite que la acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo (art. 590).

Otro tema altamente debatido en la actualidad es la validez a dar a la negativa a realizar las pruebas genéticas en los juicios de filiación, en este punto se establece claramente que el juez valorará la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente (art. 579).

14. El régimen patrimonial del matrimonio

En orden al régimen patrimonial del matrimonio las reformas más importantes son: a) La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes.

b) El establecimiento de un régimen primario con obligaciones comunes a todos los regímenes, inderogable e inmodificable por voluntad de las partes.

-
- c) La determinación de la inoponibilidad del acto realizado en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal.
 - d) La regulación de la etapa de indivisión poscomunitaria.
 - e) Detallada regulación de los bienes propios y gananciales tratando de dar respuesta legal a todas las cuestiones que durante años preocuparon a la jurisprudencia.
 - f) Aceptación de la teoría de las recompensas.

a) La posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes

Nuestro país desde el momento de la sanción del Código Civil estableció un régimen legal único forzoso e imperativo para los cónyuges, y lo mantuvo hasta el siglo XXI.

La imperatividad del régimen patrimonial matrimonial es una excepción en la legislación mundial, ya que casi la totalidad de los países permiten la opción. Pocos son los países en el mundo que mantienen en la actualidad el principio de la inmutabilidad, entre ellos se encuentran Bolivia, Cuba y algún Estado de México.

En la Argentina la mayoría de los doctrinarios del Derecho Civil se inclinan por admitir la posibilidad de que los cónyuges puedan elegir el régimen patrimonial que más les convenga [29].

Lo cierto es que la existencia de un solo Código se justificaba en la sociedad del siglo antepasado y en la primera mitad del siglo XX, cuando existía un solo modelo de familia, impuesto de manera imperativa para que fuera adoptado por todos los ciudadanos. En esa época, en la cual el matrimonio se concebía sólo entre personas de diferente sexo, donde no había divorcio vincular y la mujer, incapaz relativa, no trabajaba fuera del hogar conyugal, se justificaba que se estableciera que todos los bienes adquiridos después del matrimonio por cualquier causa que no tuviera título gratuito se presumiera que eran bienes gananciales, como una forma de proteger a la mujer.

Hoy, 143 años después, la existencia obligatoria de un solo régimen patrimonial matrimonial no se justifica, ya que existen diferentes modelos de familia matrimoniales que requieren diferentes formas de organización económica de su faz patrimonial.

Así, en la segunda década del siglo XXI, en un país donde la mujer goza de igualdad de derechos y oportunidades, donde hace 23 años que se acepta el divorcio vincular y dos años que se reconoce el matrimonio homosexual, se impone la necesidad de dar un margen mayor de autonomía de la voluntad a las personas casadas, permitiendo que puedan optar al menos entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes, ya que si se amplía la autonomía de la libertad en las relaciones personales no se advierte por qué no hacerlo en las relaciones patrimoniales, porque ni el intervencionismo estatal, ni el mejor legislador, ni la mejor sentencia podrán dar a las partes una mejor respuesta que la que los contrayentes puedan darse a sus aspiraciones y deseos económicos, por supuesto sin desatender la solidaridad familiar, la que ha de protegerse mediante el dictado de normas básicas que rijan para todos los regímenes patrimoniales matrimoniales y que resultan inderogables por la voluntad de las partes.

Es por eso que en los fundamentos del Código Civil y Comercial se señala que "La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites".

Estos fundamentos llevan a que en la legislación proyectada se puede optar entre el régimen de comunidad de bienes y ganancias y el régimen de separación de bienes como se proponía en el Código Civil y Comercial de 1998 y en el Código Civil y Comercial de 1993 aunque en este primer Código Civil y Comercial se preveía la posibilidad de optar entre tres regímenes en lugar de entre dos, siendo el tercero el régimen de participación en las ganancias.

b) El establecimiento de un régimen primario bajo el título Disposiciones comunes a todos los regímenes

Se establece un régimen primario, demostrativo de la solidaridad familiar con obligaciones comunes a todos los regímenes, de orden público, inderogable e inmodificable por voluntad de las partes.

Como contrapartida de la posibilidad de pactar el régimen patrimonial que regulará las relaciones patrimoniales de los cónyuges y convivientes durante la duración de su vida en común, la ley establece obligaciones básicas que son uniformes para las uniones convivenciales y para los matrimonios, cualquiera que fuese el régimen que ellos pacten.

El régimen primario establece normas básicas sobre la contribución a los gastos domésticos y la protección de la vivienda y de los muebles que la componen.

Se parte de la necesidad de que ambos cónyuges sean responsables en forma solidaria de las obligaciones referentes al sostenimiento del hogar común y de los alimentos de los hijos menores o incapaces, comunes o no comunes que convivan con ellos. En este sentido se establece que 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.

Con relación a la vivienda la protección se extiende a la vivienda propia, y a la alquilada y a los bienes que la componen sobre deudas que no fueran contraídas por ambos cónyuges y se extiende a los actos de los propios cónyuges y a los actos de los terceros.

Por otra parte, 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. 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. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de un año de haberlo conocido, pero no más allá de un 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.

Se adopta una regla del Código francés -con similares en el belga, el holandés y el de Quebec-, aplicable a todos los regímenes matrimoniales, con el fin de asegurar los derechos sobre la vivienda común, aunque esté instalada en un bien propio o personal de uno de los cónyuges. La fórmula "disponer de los derechos sobre la vivienda común" tiende a englobar todos los derechos reales y personales, de modo que quedan comprendidas la venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o que impliquen desmembramiento del dominio, como también la locación, y la disposición de la locación de la que el cónyuge es titular. En cuanto a la sanción, se deja en claro que se trata de un acto anulable, no nulo de pleno derecho, por lo que en la acción de anulación es facultad judicial la de apreciar si el acto afectaba o no el interés familiar. El plazo de caducidad de la acción se toma del modelo francés.

Se agrega un segundo párrafo que limita la posibilidad de ejecución de la vivienda común por los acreedores de uno solo de los cónyuges, a fin de evitar que mediante la contratación de deudas -reales o simuladas- el propietario de la vivienda comprometa a ésta sin intervención del otro cónyuge. Se tiende, así, a completar la protección del actual artículo 1277 del Código Civil y del primer párrafo del artículo proyectado.

c) La inoponibilidad de los actos realizados en fraude de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal

Es necesario recordar que el régimen de comunidad que el Código Civil y Comercial establece en forma subsidiaria determina que los bienes adquiridos por cualquier forma no gratuita son gananciales y están destinados a ser partidos por partes iguales al momento de la disolución del matrimonio.

El sistema de la ganancialidad nace del reconocimiento de que el crecimiento patrimonial de los cónyuges durante el matrimonio es fruto del esfuerzo común y recíproco y de la cooperación y de la solidaridad mutua. En definitiva es el producto del "hacer compartido" que suma el empeño recíproco de cada uno de los esposos.

Si los cónyuges quieren, a partir de que se aprueba el Código Civil y Comercial, podrían cambiar su régimen de bienes, lo que no pueden es distorsionarlo a través de una maquinación fraudulenta. Si ello acontece se prevé como sanción la inoponibilidad del acto.

Hubiera sido preferible que se estableciera una sanción al fraude como en el Código Civil uruguayo o en el Código de Quebec consistente en la pérdida del derecho a la ganancialidad.

En el artículo 471 del Código Civil de Quebec se establece que un esposo es privado de su parte de los gananciales de su cónyuge si ha sustraído u ocultado gananciales, si ha dilapidado sus gananciales o si los ha administrado de mala fe.

Lamentablemente el Código Civil y Comercial optó por establecer solamente la inoponibilidad del acto.

d) Detallada regulación de los bienes propios y gananciales tratando de dar respuesta legal a todas las cuestiones que durante años preocuparon a la jurisprudencia

En el artículo 464 del Código Civil y Comercial se hace una prolija enumeración de los bienes propios. Se ha tratado de sistematizar la enunciación, agrupando los diversos supuestos de la siguiente manera:

- En el inciso a, los bienes aportados al matrimonio.
- En el inciso b, los adquiridos a título gratuito.
- En los incisos c, a f, los adquiridos por subrogación real con otros bienes propios.
- En los incisos g, a j, los adquiridos por título o causa anterior al matrimonio.
- En el inciso j, los adquiridos por accesión, y en los incisos k, y l, los adquiridos por un supuesto especial de accesión, que mejor podría calificarse de anexión a otros bienes propios.
- En los incisos m, a o, los bienes propios por su naturaleza.
- En el inciso k, la situación especial de la propiedad intelectual e industrial.

Las fuentes son los artículos 1243 y 1263; Código francés, artículo 1405, párrafo 1º; Código belga, artículo 1399; Código de Quebec, artículo 482, inciso 1º; Código italiano, artículo 179, a; artículo 457 del Código Civil y Comercial de 1998, y artículo 515 del Código Civil y Comercial de 1993.

e) Se presume el carácter ganancial de los bienes

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. 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. 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.

Si bien, en principio, el carácter propio o ganancial es indiferente para los terceros por el sistema de separación de deudas que se admite, puede llegar a tener importancia si, después de disuelta la comunidad, se intentara disminuir la garantía de los acreedores atribuyendo el carácter de propios a los bienes gananciales a fin de excluirlos de la partición.

El segundo párrafo sustituye el régimen de los artículos 1246 y 1247 del Código Civil, adaptándolo a las necesidades actuales mediante la fijación del modo de demostrar a terceros, durante la comunidad, el carácter propio de los bienes adquiridos por inversión o reinversión.

f) Deudas de los cónyuges

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 mantiene el principio de responsabilidad separada del artículo 5º de la ley 11.357. A la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la obligación, establecida en las disposiciones aplicables a todos los regímenes, se añade la responsabilidad por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales, pero en este caso se considera prudente limitar la responsabilidad a los bienes también gananciales.

g) Administración de los bienes gananciales

Se corrige el actual primer párrafo del artículo 1277 adoptando una redacción similar a la del Código francés, mucho más precisa. Las principales modificaciones son las siguientes: 1) el asentimiento se requiere para

enajenar o gravar, terminología jurídica clara que comprende toda enajenación (venta, donación, permuta, dación en pago, aporte en sociedad, etc.), y toda constitución de gravámenes (derechos reales de garantía o que implican desmembramiento del dominio, dación a embargo, etc.); 2) se incluyen los actos relativos a establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, llenando un vacío de la actual legislación; 3) se suprime la alusión expresa a los aportes a sociedades, por tratarse de actos de enajenación; 4) se adopta la fórmula más extensa de enajenar o gravar las participaciones sociales -excepto las acciones al portador-, la que comprende la transformación y fusión de sociedades de personas, y 5) se incluye la referencia a las promesas, a fin de dejar aclarada la situación de los boletos de compraventa.

h) Administración de los bienes adquiridos conjuntamente

En el artículo 471 se establecen reglas para regir la situación de los bienes adquiridos en común por los dos esposos, la cual no se encuentra prevista en los textos actuales. Se propone la aplicación de las reglas del condominio, pero con importantes limitaciones que hacen a la especificidad de las relaciones entre cónyuges: supresión de la decisión por mayoría en la administración, posibilidad de autorización judicial en caso de disenso sobre la administración o la disposición, y limitación de la facultad de requerir la división de los condominios.

i) Extinción de la comunidad

Se convierte a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento en causa de disolución de la comunidad de pleno derecho, lo que implica la eliminación de los artículos 1307 a 1311, Código Civil, y la última parte del artículo 30 de la ley 14.394, por las dudas interpretativas que la subsistencia de esas disposiciones plantea, y por considerar actualmente injustificados los recaudos legales limitativos de los efectos de la muerte presunta.

j) Momento de la extinción

Se propone ampliar la regla del efecto retroactivo de la sentencia del actual artículo 1306 a la anulación del matrimonio y a todos los casos de separación judicial de bienes, a fin de eliminar las dudas interpretativas que se suscitan en la materia, agregándose la posibilidad de efecto retroactivo a la separación de hecho, norma tomada del Código de Quebec, pero entonces se faculta al juez para que establezca si ello es equitativo o no lo es, a fin de evitar que tenga efectos jurídicos un pedido que sea abusivo. En cuanto a los párrafos 2° y 3° del artículo 1306, introducidos por la ley 17.711, se propone su supresión en virtud de las numerosas críticas formuladas por la doctrina: al segundo, por apartarse del criterio jurisprudencial anterior que hacía pesar los alimentos sobre las rentas y no sobre el capital, y al tercero por consagrar la extraña e inequitativa situación de una comunidad en la cual uno de los copartícipes se queda con todo lo ganado por él y también con la mitad de lo ganado por el otro.

k) Indivisión poscomunitaria

Se regla la indivisión poscomunitaria estableciendo que si ésta se produce por muerte, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria, y si se extingue en vida de ambos cónyuges, se aplican las reglas que éstos acuerden, y si no lo hicieren, las de la comunidad.

Se establece que durante la indivisión, 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, para darle oportunidad a su excónyuge de que se oponga al mismo, cuando el acto vulnere sus derechos.

Se propone que los frutos y rentas de los bienes indivisos aumenten la indivisión y que el que los administra debe rendir cuentas y pagar un canon compensatorio cuando el otro lo solicita.

l) Atribución preferencial

Se propone incluir la atribución preferencial en virtud de la cual se tiende al mantenimiento de la unidad económica de uno de los esposos cuando esté relacionado con su actividad profesional, comercial o industrial o constituya su vivienda aunque exceda de su parte en la comunidad con cargo de pagar la diferencia en dinero, pudiéndole concedérsele plazos para el pago.

15. La adopción

El Código Civil y Comercial de la Nación propone múltiples cambios en materia de adopción, que en esta introducción no vamos a explicar, simplemente los vamos a enumerar:

- a) Incorporación de una parte general en materia de adopción con principios generales. b) Definición limitada de uno de los cuatro tipos de adopción que acepta el Código. La adopción de menores [30]. c) Regulación de cuatro tipos diferentes de adopción: de menores, de mayores, de integración y en el extranjero. d) Fortalecimiento del derecho a conocer sus orígenes. e) Establecimiento de cuatro procesos para llegar a la adopción: uno administrativo y tres judiciales.
- f) Administrativización de los procesos judiciales para lograr la adopción. Intervención en calidad de parte del órgano administrativo.
- g) Regulación de la declaración de adoptabilidad. h) El abandono deja de ser una causal de entrega en guarda con fines de adopción. i) Los convivientes pueden adoptar conjuntamente. j) Se permite la adopción conjunta por divorciados.
- k) Se disminuye la edad para adoptar de 30 a 25 años.
- l) Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio.
- m) Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.
- n) Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.
- ñ) El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.
- o) Se regula la adopción de integración.
- p) Regulación de las relaciones con la familia biológica.
- q) Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.
- r) Aceptación relativa de las guardas de hecho.
- s) Intervención judicial de oficio en juicio de adopción.
- t) La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.
- u) En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.
- v) Se regula la adopción internacional.

En materia de adopción el Código Civil y Comercial continúa con la tradición argentina en la materia de: por un lado *disminuir* tanto los *requisitos* objetivos que se requieren a los adoptantes como el plazo de guarda con fines de adopción, al tiempo que *aumenta los números de procesos* judiciales para lograr la adopción y *agrega procesos administrativos*.

Objetivamente, no parece que con este aumento procedimental y administrativo se vaya a lograr dar más celeridad ni eficacia al instituto. No obstante lo cual, tenemos esperanzas de que al aplicar las normas los operadores del Derecho hagan primar el principio del interés superior del menor y optimicen los resultados, para bien de toda la comunidad, y, en especial, de todos aquellos que tienen el corazón abierto a ser padres y dar acogida amorosa a quienes tienen la necesidad imperiosa de una familia para desarrollarse.

16. El proceso de familia

a) Principios generales

El Código Civil y Comercial, en el Título VIII, dedicado a los procesos de familia, y en las disposiciones generales, cita, en primer lugar, el principio de tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el de economía y el de celeridad procesal, recogiéndose así el valor y entidad que se otorga a este principio en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad [31], todo en relación directa con los principios de intermediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad.

En este título el Código Civil y Comercial contiene una serie de reglas aplicables a los procesos de familia, entre las que se encuentran las de impulso procesal de oficio, requisitos de acceso al proceso, legitimación, oralidad, anticipo de la prueba, agilidad, prioridad, coordinación, especialización, actuación interdisciplinaria, proximidad, estímulo de las formas alternativas de resolución de conflictos, promoción de actuaciones destinadas a proporcionar una información básica sobre los derechos.

Se busca la aplicación del principio de agilidad o celeridad en todas las fases del procedimiento, así como en la propia ejecución. La eficacia exige rapidez en la respuesta pues, como expresa el aforismo, *justice delayed is justice denied*.

b) Acciones del estado de familia

En el Capítulo 2 del Título VIII se regulan las acciones del estado de familia sin definir las, por lo cual lo primero que debe hacer el intérprete es determinar qué se entiende por acciones de estado de familia.

Entendemos que son acciones de estado de familia las que tienen por finalidad comprobar un título de estado del cual se carece, destruir un estado falso o inválido, crear un estado de familia nuevo o modificar un estado ya existente.

Las acciones de familia se refieren tanto al estado matrimonial como al estado filial, es decir que comprenden las acciones de filiación, las relativas al vínculo conyugal y al derivado de la unión convivencial. Entre ellas encontramos las siguientes acciones:

- Acción de reclamación del estado matrimonial.
- Acción de reclamación del estado de conviviente.
- Acción de divorcio.
- Acción de disolución de la unión convivencial.
- Acción de reclamación de la filiación matrimonial.
- Acción de impugnación de la paternidad.
- Acción de impugnación de la maternidad.
- Acción de reclamación de estado de hijo extramatrimonial.
- Acción de impugnación de la maternidad extramatrimonial.
- Acción de nulidad del reconocimiento.
- Acción de adopción.
- Acción de revocación de la adopción.
- Acción de nulidad de la adopción.

- Acción de pérdida de la autoridad parental. Estas acciones tienen como característica el hecho de ser irrenunciables, imprescriptibles y de inherencia personal, pero no se establece claramente que son inalienables. El artículo 713 del Código Civil y Comercial establece con acierto la inherencia personal de las acciones de familia que provienen del hecho de que el estado de familia, como atributo de la personalidad, sea inherente a la persona, es decir que está excluido su ejercicio por toda persona que no sea su titular. No obstante que las acciones de familia son de inherencia personal, el Código Civil y Comercial prevé que la acción de adopción sea ejercida de oficio por el juez y por el órgano administrativo (art. 616), lo que contradice completamente el carácter de inherente a la persona que tiene la acción por la cual se solicita la filiación adoptiva de un menor.

Las acciones de estado de familia, en principio, son irrenunciables, debido a que el estado de familia es irrenunciable.

La norma aclara que los derechos patrimoniales derivados del estado de familia están sujetos a prescripción y también a la posibilidad de la renuncia.

En principio las acciones son también imprescriptibles aunque se admite la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio.

c) Competencia

En el Capítulo 3 del Título VIII se establecen normas sobre la competencia, determinando que en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes es juez competente el juez donde el menor de edad tiene su centro de vida. En los de divorcio o en los de uniones convivenciales, el juez del último domicilio conyugal o el

del demandado, a elección del actor. En el de alimentos y pensiones compensatorias, el juez del domicilio conyugal o convivencial, el del beneficiario o el del demandado, a elección del actor.

17. Conclusión

A lo largo de este artículo hemos tratado de describir los aspectos más trascendentes de las grandes reformas introducidas al Derecho de Familia por el Código Civil y Comercial unificado, las que necesariamente deben ser armonizadas con todo el ordenamiento proyectado para evitar inútiles contradicciones que produzcan dudas en su alcance y problemas en su aplicación, evitando que generen inútiles injusticias para sus destinatarios.

- [1] En orden a valorar la función que cumple la parte general hay que tener en cuenta que el art. 2º del Código Civil y Comercial establece que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".
- [2] ARIAS, David M., Carácter de las crías de ganado que sustituyen a los animales que forman el plantel propio, en J. A. 1990-II-687; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. y GREGORINI, Leonardo Rafael, El ganado en el régimen patrimonial del matrimonio, en L. L. 1993-A-967.
- [3] GUASTAVINO, Elías P., Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes del matrimonio, en E. D. 21-430; MEDINA, Graciela, Derecho de autor y régimen patrimonial del matrimonio, en L. L. 1998-E-1022; MAZZINGHI (h), Jorge Adolfo, La calificación de los bienes de los cónyuges y el ejercicio de un pacto de retroventa, en L. L. 1984-A-182; Sociedad conyugal. Origen del dinero. Obra literaria. Autoría. Producido ganancial, en Revista del Notariado, Nº 814, Año 1988.
- [4] ALLENDE, Alberto G., El bien de naturaleza mixta en la sociedad conyugal (importancia para el derecho notarial de su calificación), en E. D. 28-885; Concurrencia de aportes propios y gananciales adquisitivos de dominio, en Revista del Notariado, Nº 834, Año 1993; ALLENDE, Luis María, Los llamados bienes mixtos en la sociedad conyugal, en Revista del Notariado, Nº 806, Año 1986; CACCIARDI, Norberto; CATUREGLI, Susana; GOLDFARB, Marta; NOSTRO DE SEGHETTI, Nilda; PELOSI, Horacio; SEGHETTI, Roberto y SLIMOVICH DE BURSTEIN, Rita, Problemática de los llamados bienes mixtos en el régimen patrimonial matrimonial. Análisis del plenario "Sanz", en Revista del Notariado, Nº 834, Año 1993; CAPPARELLI, Julio César, Trascendencia de un reciente plenario sobre calificación de bienes del matrimonio, en Revista del Notariado, Nº 830, Año 1992; CERRA, Silvina, Calificación y prueba de los bienes. Aplicación a un supuesto especial: adquisición de un inmueble mediante el empleo de fondos de carácter propio y ganancias, en Revista de Derecho de Familia, 2010-I, p. 50; FERRARI CERETTI, Francisco, Bienes en parte propios y en parte gananciales en el patrimonio de la sociedad conyugal, en Revista del Notariado, Nº 833, Año 1993; LABAYRU, José María, ¿Puede ser un bien propio y ganancial a la vez?, en Revista del Notariado, Nº 834, Año 1993; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Condominio y cosas gananciales indivisas: un aspecto de la cuestión, en L. L. 1990-B-322.
- [5] BORDA, Guillermo, Las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, julio de 2012, p. 40.
- [6] Sobre el punto ver: CHIESA, Pedro José María, El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas, tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2010; DE FUENMAYOR, A., Derecho de contraer matrimonio civilmente indisoluble, en Estudios de Derecho Civil, Navarra, 1992.
- [7] CAÑIVANO, Miguel Ángel, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2002, p. 166. Este autor indica que a la época de su trabajo tenían consagrado este tipo de matrimonio Louisiana, Arkansas y Arizona; en Michigan y en Iowa leyes semejantes se encontraban en trámite parlamentario. Las leyes indicadas definen al covenant marriage como un "matrimonio convenido entre un hombre y una mujer, que comprenden y están de acuerdo en que el matrimonio es una relación para toda la vida. Los

contrayentes, en este caso, han recibido un especial asesoramiento sobre la naturaleza del matrimonio y sus responsabilidades. Sólo cuando haya habido un completo y total incumplimiento del compromiso adquirido en virtud del convenio marital, podrá la parte agraviada obtener una declaración para que el matrimonio no sea legalmente reconocido por más tiempo" (trad. de CAÑIVANO, ob. cit., p. 170; el texto en inglés de la New Louisiana Covenant Marriage Act, en el mismo lugar citado, nota 14).

- [8] MIZRAHI, Mauricio Luis, Observaciones al Código Civil y Comercial en materia de filiación, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012, p. 124.
- [9] SAMBRIZI, Eduardo, La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012, p. 90.
- [10] BERBERE DELGADO, Jorge, El Derecho Filial en el Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012, p. 141.
- [11] SOJO, Lorenzo, Filiación "post mortem" en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012, p. 134.
- [12] LAJE, Alejandro, Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial por el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012, p. 136.
- [13] AZPIRI, Jorge, La filiación en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012, p. 115.
- [14] CLERICO, Laura, El matrimonio igualitario, igualdad y/o autonomía, en SOLARI, Néstor y VON OPIELA, Carolina (dirs.), Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 53.
- [15] SOLARI, Néstor, Aspectos axiológicos de la ley, en El matrimonio igualitario igualdad y/o autonomía cit., p. 207.
- [16] Art. 711 - Testigos. Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Art. 59 - Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud [...] Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por [...] el allegado que acompañe al paciente.
- [17] Art. 108 - Prohibiciones para ser tutor dativo. El juez no puede conferir la tutela dativa: [...] b) a las personas con quienes mantiene amistad íntima...
- [18] Art. 140 - Persona protegida con hijos. El curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste.
- [19] Para un mayor desarrollo del tema relativo a los deberes matrimoniales ver mi artículo Matrimonio y disolución, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, dir. por Julio César Rivera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 13 y ss., sobre todo los puntos: 1. Requisitos del matrimonio. 3.1. Falta de salud mental. 3.2. Desaparece el impedimento de sordomudez. 3.3. La impotencia deja de ser causa de nulidad de matrimonio. 4. Los deberes y derechos matrimoniales. 4.1. Caracteres de los deberes y derechos del matrimonio. 4.1.1. Son deberes mínimos. 4.1.2. Son deberes imperativos. 4.1.3. Son deberes recíprocos. 4.1.4. Son incoercibles -salvo el deber de alimentos-. 4.2. El cambio en el sentido de los deberes derechos matrimoniales a partir del divorcio incausado. 4.3. Función actual de los deberes derechos matrimoniales. 4.4. La sanción por el incumplimiento.

-
- [20] Art. 405 - Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.
- [21] SAMBRIZZI, La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express cit.; HOLLWECK, Mariana, Divorcio vincular. Interpretación de los artículos 437 y 438 del Código Civil y Comercial, p. 73; SANTISO, Javier, Reforma al régimen de divorcio, p. 7; ROVEDA, Eduardo G.; SASSO, Marcela Lorena y ROBB, Mercedes, El divorcio en el Código Civil y Comercial, p. 36; VELOSO, Sandra, El proceso de divorcio según el Código Civil y Comercial, p. 45; CORBOA, Carlos María, Análisis del Código Civil y Comercial en materia de divorcio, p. 66, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012.
- [22] Para un mayor desarrollo del tema relativo al convenio regulador ver mi artículo Matrimonio y disolución cit., sobre todo los puntos: 7. El convenio regulador. 8. Concepto, finalidad y función. 9. Caracteres del convenio regulador. 9.1. Es condicional. 9.2. Es esencialmente precario. 9.3. Es revocable. 9.4. Es limitado. 10. Capacidad para celebrar el convenio regulador. 11. Contenido del convenio regulador. 12. Convenio regulador de atribución de la vivienda conyugal. 13. Convenio regulador de atribución de bienes. 14. Convenio regulador de alimentos. 15. Convenio regulador del ejercicio de la responsabilidad parental.
- [23] Para un estudio más completo de las compensaciones económicas ver mi artículo Matrimonio y disolución cit., fundamentalmente los puntos: 17. La compensación económica. 17.1. Concepto de compensación económica. 17.2. Pautas para fijar la compensación económica. 17.3. Concepto de desequilibrio. 17.4. Forma de la compensación. 17.5. Desequilibrio perpetuo. 17.6. Desequilibrio coyuntural. 17.7. Naturaleza de la compensación económica.
- [24] PELLEGRINI, María V., Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial, en J. A. 2012-II-3, Nº Esp. El Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial; SOLARI, Néstor, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, julio de 2012, Nº Esp. Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial, p. 98.
- [25] 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.
- [26] OPPENHEIM, Ricardo, Tratamiento del derecho a la identidad y a conocer los orígenes dado en el Código Civil y Comercial, p. 292; SOJO, Lorenzo, El anonimato de los donantes de gametos y embriones en el Código Civil y Comercial, p. 297, y Filiación "post mortem" en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. Esp. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2012; LAMM, Eleonora, La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Código Civil y Comercial, en J. A. 2012-II-68, Nº Esp. El Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial.
- [27] AZPIRI, La filiación en el Código Civil y Comercial cit., p. 115; SOJO, Filiación "post mortem" en el Código Civil y Comercial cit., p. 134.
- [28] Art. 564 - Contenido de la información [...] a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

-
- [29]** En este sentido se expidieron por mayoría las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en el año 1989; Las Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil Comercial y Procesal 1994; las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en 1997, y el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza en 1998.
- [30]** Para una mayor explicación de la adopción nos remitimos a nuestro trabajo: La adopción en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho Privado y Co-munitario, N° 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Ver también BASSET, Ursula, Adopción en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, julio de 2012, p. 149; HER-NÁNDEZ, Lidia B., Una primera mirada a la institución de la adopción plena en el Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, julio de 2012, p. 159; HERRERA, Marisa, El régimen adoptivo en el Código Civil y Comercial. Más sobre la trilogía, en J. A. 2012-II-84, N° Esp. El Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial.
- [31]** Declaración de Brasilia, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.