

OBJECIONES AL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL: CAMBIO IDEOLOGICO DEL CONCEPTO DE FAMILIA

Señor Presidente:

Luego de analizar el Anteproyecto de ley de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión redactora integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, junto con el documento “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” y el texto del Proyecto enviado al Senado de la Nación, que reproduce, en lo fundamental el tenor del Anteproyecto, con algunas modificaciones, formulamos la siguientes objeciones, a los fines que sean tenidas en cuenta por la Comisión Bicameral de su digna presidencia.

LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES EN LO ATINENTE A MATRIMONIO Y FAMILIA

Nos proponemos aquí realizar un breve análisis, centrado en aquello que, tanto en el primer Anteproyecto, como en la versión que, con ligeras modificaciones, remite ahora el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, consideramos el núcleo de reformas de mayor incidencia con relación al matrimonio y la familia, a saber:

- el mantenimiento del inconstitucional y mal llamado “matrimonio igualitario”.
- las mayores facilidades para el divorcio vincular, que ahora podría ser solicitado sin invocación de causa alguna y sin que medie lapso alguno de tiempo a partir de la celebración del matrimonio.
- la desaparición del instituto de la separación personal, lo que implica el establecimiento del divorcio vincular como único modelo de separación conyugal.
- la sustitución de la patria potestad por un anodino concepto de “responsabilidad parental” y
- La regulación de las “uniones convivenciales” y el otorgamiento de ciertos derechos a los “progenitores afines”.

En definitiva, todo aquello que, entendemos, profundiza y acelera un deterioro de la institución familiar argentina, fundada en el verdadero matrimonio celebrado entre un varón y una mujer.

1. CAMBIO IDEOLOGICO EN EL CONCEPTO DE FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO.

Reiterando el sesgo argumentativo ideológico que sirvió de base para la sanción y promulgación de la inconstitucional Ley N° 26.618, que instituyó el mal llamado “matrimonio igualitario”, ya que deteriora el concepto original de MATRIMONIO cuando podría haberse aceptado la unión de hecho de personas del mismo sexo bajo otra denominación, como ser: “uniones de hecho”; el Proyecto profundiza aún más en el deterioro de la institución matrimonial y de la familia en ella fundada,

que reconocemos como anterior al Estado, núcleo central de la sociedad civil, comunidad natural de vida fundada en el matrimonio natural constituido por un varón y una mujer, que debería ser respetada y protegida el ordenamiento jurídico ya que la misma contiene la célula básica de la sociedad que desde siempre nos identificó como Nación.

En esa dirección erosiva del elemento natural y esencial de la vida social que es la familia fundada en el verdadero matrimonio entre un varón y una mujer, se inscriben:

a) El mantenimiento de la irrazonable posibilidad de que el matrimonio se constituya por personas de igual sexo, estableciéndose el tratamiento igualitario en materias tales como la adopción, fertilización asistida y sustitución de vientres, lo cual, además de abiertamente contraria a la naturaleza humana y a la moralidad, conspira directamente contra el interés superior de los niños, para quienes ser educados por dos padres o dos madres, resulta notoriamente perjudicial, por cuanto se los inserta en situaciones esencialmente anormales y antinaturales. El interés superior de los niños, imperado por normas de rango constitucional, exige que su crianza y educación se realice por la actuación conjunta de un padre y una madre que garanticen su desarrollo integral y armónico en un medio familiar adecuado, que no ponga en riesgo la conformación normal de su personalidad.

b) En abierta contradicción con el declamado avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia y el principio de la “libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial” (extremos ambos expresamente citados en la exposición de motivos), el Proyecto fulmina con la nulidad a toda renuncia a la facultad de pedir el divorcio, privándose de efectos al pacto o cláusula que la restrinja, lo que entraña la arbitraria e inconstitucional prohibición de que se celebren matrimonios indisolubles.

En la realidad sociológica argentina, no puede menos que concluirse que tal prohibición (similar a la contenida en el artículo 230 del Código Civil vigente desde la Ley N° 23.515) se refiere a la situación de quienes sostenemos la indisolubilidad del matrimonio, particularmente los católicos que queremos ser fieles al consentimiento prestado ante Dios y la Iglesia en la celebración del rito matrimonial.

c) La eliminación del instituto de la separación personal sin disolución del vínculo, se inscribe en la misma dirección de hostilidad y discriminación arbitraria para quienes en conciencia no podemos aceptar la disolubilidad de los vínculos matrimoniales.

Al respecto, en la fundamentación que acompaña al Anteproyecto se señala que *“a) la separación personal tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, siendo una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando éste se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de divorcio indisoluble; b) Su escasa aplicación práctica; en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por carecer del plazo mínimo de celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral”*.

Más allá de la inconsistencia y falsedad de lo argumentado, pues por una parte el actual contexto jurídico y social no excluye –de suyo- la posibilidad de mantener el instituto de la separación personal *manente vínculo* y, por otra, las motivaciones por las que la gente ha acudido al mismo no son ponderables por los redactores de la iniciativa (quienes sólo aventuran irresponsablemente una hipótesis no verificable), lo cierto es que en la fundamentación no se ha podido ocultar el verdadero propósito de la iniciativa: que el instituto de la separación personal no sea una alternativa legal a utilizar por quienes, en conciencia, no podemos aceptar el divorcio vincular, que ha generado sufrimientos y problemas diversos en el orden social y familiar.

d) La supresión de las causales objetivas de divorcio, adicionada a la posibilidad de que el mismo sea decretado con la única voluntad de uno solo de los cónyuges (pues una virtual oposición del otro cónyuge no cuenta para nada) y la eliminación de los plazos de espera contenidos en el régimen vigente en orden a dar lugar a la reflexión. De esta manera, uno puede casarse un día y, por su sola voluntad, divorciarse al rato o a la mañana siguiente, sin expresar ninguna causa, ni dar ninguna explicación; lo que –evidentemente- alienta tanto que se contraiga matrimonio con mayor ligereza, como que no se contraiga en absoluto, dadas las “facilidades” que permite la regulación que se proyecta con relación a las “uniones convivenciales”, sucedáneos al uso de la barraganía o concubinato.

e) La eliminación de la protección legal de los deberes de cohabitación y fidelidad matrimonial. Al respecto, se dice en los “Fundamentos” que no se desconoce su alto valor axiológico, pero que, al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de esos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas. De allí que la versión del Anteproyecto el artículo 431 sólo se dijera

ARTICULO 431. **Asistencia.** Los cónyuges se deben asistencia recíproca.

Ello no ha cambiado por el hecho de que en la nueva versión del artículo que propone el Poder Ejecutivo Nacional se diga que

ARTÍCULO 431. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca. Fácilmente se ve que, aunque ahora se aluda a “un proyecto de vida en común” y se haga mención expresa del deber de fidelidad, ello sigue quedando en un plano puramente moral y desprovisto de protección jurídica efectiva.

1. Matrimonio y divorcio

El Art. 431 del Proyecto establece que: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”. El único deber jurídico que emerge de este texto es la asistencia, que en el cuerpo del texto queda luego reducida exclusivamente a los alimentos entre cónyuges.

Consideraciones

La **concepción del matrimonio que desde el punto de vista jurídico lo reduce solamente a la prestación económica de alimentos es incoherente con la regulación que el proyecto presenta en relación a las exigencias de las denominadas “uniones convivenciales”**. Para las uniones se exige fidelidad,

perdurabilidad y cohabitación (“convivencia” durante al menos dos años y “exclusividad”), mientras que para el matrimonio los esposos podrían ser swingers, no convivir y divorciarse algunos días después de haber contraído matrimonio. Esto es incoherente.

Por otra parte, **esta regulación es contraria al sentir de la mayoría de los argentinos**, que por matrimonio entienden una institución que expresa el compromiso de los cónyuges en una institución valiosa para la sociedad.

Desde el punto de vista jurídico, presenta diversos problemas:

a) en **materia de presunciones filiatorias**, agravia el derecho la identidad de los niños, por cuánto si los padres convivieran y tuvieran relaciones amorosas con terceras personas durante el matrimonio, atribuir el hijo al cónyuge no conviviente podría suponer un engaño respecto de la identidad del niño.

B) En relación al domicilio conyugal, separación de hecho y otras instituciones, se da la particularidad de que estas instituciones carecen de sentido, ya que no existe deber de cohabitación.

El Proyecto no reconoce ni siquiera la posibilidad de pactar una modalidad de vida matrimonial más exigente que involucre los deberes de fidelidad y cohabitación, negando así el reconocimiento del derecho a los que quieren vivir según convicciones más exigentes de vida en común.

3. ELIMINACIÓN DE LA “PATRIA POTESTAD”, SU SUSTITUCIÓN POR LA “RESPONSABILIDAD PARENTAL”.

Como el Proyecto reniega de toda concepción jerárquica y ordenada, prefiriendo la “democratización de la familia” (o sea, su desarticulación y desintegración), se ha preferido cambiar la noción y el mismísimo nombre de “patria potestad”, y sustituirla por la expresión “responsabilidad parental”, como si cambiando los nombres, pudiesen cambiar la naturaleza de las cosas. De hecho, aunque con una importantísima omisión, el texto del artículo 638 define a la “responsabilidad parental” como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”, lo cual es casi idéntico a la definición que se contiene en el actual artículo 264 del Código Civil vigente, que dispone: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

¿Cuál es la pequeña, pero fundamental, diferencia?

Nada menos que, además de que se habla de “progenitores” en lugar de “padres”, la disposición proyectada elimina el punto de partida de ese conjunto de derechos y obligaciones, que no es otro que el de la concepción de los hijos, que, de permanecer, resultaría un obstáculo para que, por ejemplo, con los concebidos *in vitro* se pudieran realizar las acciones de manipulación, selección, congelamiento, descarte y destrucción, a las que el Proyecto da vía libre hasta el momento de la implantación.

Otra modificación importante es la que termina con la regla del artículo 264, inciso 2° del Código Civil vigente, que dice que el ejercicio de la patria potestad corresponde: *En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.*

Lo llamativo es que las razones aducidas no consisten en que –acertadamente o no- se tenga en mira el interés superior de los niños, sino en que, según se dice en los “fundamentos”: *“la regla del sistema unipersonal vigente en los supuestos de separación...ha dado lugar a la siguiente situación: uno de los progenitores (por lo general la madre) se queda a cargo del hijo y al otro progenitor le queda un rol secundario y periférico; ambos roles se muestran estereotipados y rígidos (madre cuidadora- padre proveedor), lo cual representa un “alto valor simbólico”.*

También se deroga la preferencia materna en la tenencia de los hijos menores de 5 años porque se dice que: *tal prioridad: (a) viola el principio de igualdad; (b) reafirma los roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de sus hijos; (c) es contradictorio con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida; (d) es incompatible con la ley 26.618.*

Fácil es verlo, las aducidas son razones puramente ideológicas y no resisten el más mínimo análisis, pues: (a) La referencia al principio de igualdad, únicamente alude a los padres/progenitores y no considera a los hijos; (b) lo mismo cabe decir de la reafirmación de los roles “rígidos y tradicionales” que, podrán no gustar, pero que son los que la naturaleza nos ha mostrado a lo largo de toda la historia de la humanidad; (c) la contradicción con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida, resulta una petición de principios, porque esa regla es impuesta con similar criterio ideológico, en el mismo Proyecto, y, (d) la razón final, que alude a la incompatibilidad con la ley 26.618, evidencia que se busca a toda costa y sin pudor ninguno, privilegiar las apetencias de las parejas del mismo sexo, por encima de cualquier otro valor.

Lo que es fácilmente visible es que **ninguna de esas pseudos razones considera el interés superior del niño**, que es lo que debiera ser tenido en mira por el legislador, debido a la clara obligación que, para todos los poderes del Estado, y, aún para los particulares, impone el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño de rango constitucional.

La iniciativa incluye también una extraña posibilidad de la “delegación del ejercicio” de la “responsabilidad parental” en un pariente, o en un tercero idóneo, la que se admite “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas...”, por un plazo máximo de un año, renovable judicialmente, conservando los “progenitores” la titularidad de la responsabilidad parental y el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades⁴⁴.

Para justificar la innovación, se invoca genéricamente la “experiencia social y la praxis judicial” que, según los autores del Anteproyecto “muestran una significativa cantidad de casos en los que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al cuidado de un tercero (familiar o no, como por ejemplo, un vecino)...”, frente a lo cual la modificación vendría a llenar un vacío.

Otra de las novedades del Proyecto es la derogación del “poder de corrección”, que el artículo 278 del Código Civil vigente permite en términos suficientemente claros:

Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.

En su lugar, el proyectado artículo 647 prescribe:

ARTÍCULO 647.- Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado. *Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.*

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

Como se ve con solo comparar los textos del artículo 278 vigente y el del 647 proyectado, lo único que se añade es la prohibición del castigo corporal. El pobre fundamento que brindan los redactores estriba en que, su ideología considera a esta noción como “...más acorde con la noción de ‘patria potestad’...”, regulándose –en cambio- el “...derecho deber de los progenitores de ‘prestar orientación y dirección’, expresándose que para esta labor se requiere un ‘intercambio con el hijo de acuerdo con cada etapa de su desarrollo...”. Una cosa es el abuso y el maltrato infantil, que deben ser siempre repudiados y que tampoco son admitidos en el régimen vigente, y otra bien distinta es el ejercicio moderado del “poder – deber” de corrección, tal como lo permite la norma vigente, el cual no es incompatible, sino todo lo contrario, con una adecuada educación y formación de los niños que, a veces, requieren de un moderado correctivo que les imponga límites que, de otro modo no reconocerían, sobre todo cuando su falta de uso de razón no les permite apreciar determinados peligros.

Asimismo, de la enumeración de deberes de los hijos contenida en el artículo 671, se excluye el de habitar la casa de sus progenitores que establece el artículo 275 del Código Civil vigente⁴⁵, aludiéndose únicamente a los deberes de a) respeto; b) cumplimiento de las decisiones de los progenitores “que no sean contrarias a su interés superior”, con lo que se sustituye el “deber de obediencia” y se erige al niño en juez de las decisiones de sus padres; y c) prestarles colaboración propias de su edad y desarrollo, así como cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.

Por fin, del Proyecto desaparece también el dispositivo del artículo 276 del Código Civil vigente, conforme al cual los padres pueden, en caso de que los hijos menores dejaran el hogar paterno o se sustrajeren a su obediencia, exigir a las autoridades públicas la asistencia necesaria para hacer entrar a sus hijos bajo su autoridad y acusar criminalmente a los corruptores o seductores de sus hijos o a las personas que los retuvieron.

Esto último es motivo de especial preocupación, pues la posibilidad de exigir auxilio y colaboración y actuación concreta de las autoridades públicas, sobre todo en casos urgentes y extremos, no se suple con la deletérea posibilidad que proporciona el ya citado artículo 647 del Proyecto, en orden a la posibilidad de

recurrir a “servicios de orientación” de parte de los organismos del Estado, que queda reducidos así, a una suerte de inoperante ministerio de la escucha, el consejo y la orientación.

PROGENITORES AFINES.

Un tratamiento aparte merece la regulación que el Proyecto propone con relación a algunos aspectos relativos a la llamada “familia ensamblada”, los cuales se dicen basados en la “democratización de la familia” y que son agrupados bajo la rúbrica “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” . Allí se define como “*progenitor afin*” al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente, disponiéndose que tiene como deberes 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. A continuación se aclara que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor y que esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

El artículo 674 admite que el progenitor a cargo del hijo delegue a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

El artículo 675 dispone que en caso de muerte, ausencia o inhabilidad del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente mediante un acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente que debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.

Mediante el artículo 676 se dispone que el progenitor afin tiene un deber alimentario de carácter subsidiario para con los hijos del otro cónyuge o conviviente, el que cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de duración de los vínculos.

Más allá de que a alguno pueda parecerle positivo el deber alimentario que se establece en cabeza del “progenitor afin”, lo cierto es que la regulación de sus “derechos y deberes” significa la institucionalización de la intromisión e ingerencia de un tercero en la vida de los niños y en las relaciones paterno-filiales que, las más de las veces, enturbiará o perjudicará las relaciones de los niños con el padre o la madre que no conviva con ellos.

4. Uniones convivenciales

Desde el art. 509 al 528 se definen las uniones convivenciales como aquellas basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Consideración.

De su regulación resulta una carencia del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad. Se obliga a los convivientes a deberes y restricciones aún contra su voluntad.

No se encuentra razón fundada en la evolución jurídica de Argentina para que en las convivencias se prevean derechos sólo para aquellas de aparente matrimonio, dejando de lado las muchas existentes en el país que se producen entre hermanos, amigos o convivientes que sólo lo hacen por necesidad de asistencia recíproca. No existe argumento en la estructura jurídica que habilite esa discriminación basada en la motivación de la convivencia que es un aspecto reservado a la consciencia de las personas por imperio constitucional. Por qué proteger sólo a quienes invoquen un interés sexual desatendiendo a quienes lo hagan por necesidad de asistencia o cualquier otra que sea lícita y conveniente para la sociedad.

Lo dicho no significa un reproche a lo proyectado en su conjunto respecto del Derecho de Familia. La posibilidad de que los cónyuges realicen convenciones prenupciales se ajusta a esa evolución producida en la Argentina. La normativa prevista para el deber alimentario implica también un reconocimiento de una necesidad social hoy insatisfecha.

Conclusión:

Consideramos importante la intención de actualizar la aplicación del Código Civil y modernizarlo a los tiempos, pero eso no implica alterar sustancialmente la esencia ideológica que es propia de los argentinos, con lenguaje y figuras nuevas que no representan en absoluto el sentir y la historia de nuestras familias. La familia es una realidad con profundas raíces en el pueblo argentino y a lo largo de todo el país. Ella es una institución que por su riqueza e historia es un bien que es garantía para la sociedad. Y toda reforma debe tener en cuenta la riqueza de nuestras tradiciones jurídicas, institucionales y constitucionales, como los principios y valores que hacen a nuestra vida e identidad. Sentimos que con esto se pretende nivelar "hacia abajo" en las exigencias y objetivos de una relación matrimonial, en lugar de apuntar a elevarla y superarnos como Nación hacia valores que pueden hacer más grande nuestra Patria.

Finalmente no vemos acertado la urgencia y escasos plazos que se han tomado para una reforma tan importante. Exhortamos a los señores miembros de la Comisión Bicameral a prolongar responsablemente los plazos de debate y maduración de los textos a reformar. No caben urgencias en temas de tanta trascendencia.

Marcelo Arderiú y Adriana Inés Ciciliani de Arderiú

