

APORTES PARA EL DEBATE DEL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA MESA NACIONAL POR LA IGUALDAD. BORRADOR

EXPOSICIÓN AUDIENCIA PUBLICA ANTE LA COMISION BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACION Y UNIFICACION DE LOS CODIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

- 1) Discapacidad
- 2) Personas jurídicas pública
- 3) Matrimonio y Disolución
- 4) Voluntad Procreacional
- 5) Adopción
- 6) Responsabilidad Parental
- 7) Propiedad Comunitaria de las tierras

1) DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006. Poco tiempo después, el 19 de mayo de 2008, el Poder Legislativo Nacional aprobó la Convención y su Protocolo Facultativo, al sancionar la Ley N° 26.378. Por lo tanto, desde hace más de dos años, la CDPD tiene plena vigencia legal en Argentina, y rige en las mismas condiciones y términos que para toda la comunidad internacional.

La Constitución Nacional Argentina (arts. 31 y 75.22) establece que la CDPD posee jerarquía superior a las leyes y es ley suprema de la Nación, en este sentido, el Estado debe velar por la compatibilidad de su legislación interna con respecto a las disposiciones de los tratados internacionales.

Además, la CDPD obliga a los Estados a “adoptar todas las medidas legislativas (...) que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos”, y “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (art.4.1.a y 4.1.b), así como a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, “adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables” (art. 5.3).

La **capacidad jurídica** es la aptitud de una persona de ser titular de derechos, así como la capacidad o posibilidad concreta de ejercer esos derechos. Al reconocer la capacidad jurídica en una persona, legalmente se la habilita para celebrar acuerdos vinculantes con otros, de esa forma hacer efectivas sus decisiones acerca de diversos asuntos, por los que será jurídicamente responsable. Este concepto tiene una importante relevancia política como bisagra de un cambio de paradigma hacia un modelo social de discapacidad.

El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU) calificó como discriminatoria la legislación que priva de la capacidad jurídica.¹

¹ “Los Estados pueden consentir la violencia contra las personas con discapacidad de muchas formas, entre otras, mediante marcos legislativos y prácticas discriminatorias, tales como leyes que les priven de la capacidad

La persona con discapacidad (PCD) debe ser tratada como **sujeto de derechos**, con igual dignidad y valor que las demás personas, y es obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, así como también su capacidad plena de ejercerlos por sí misma. Esto implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar, imponiéndole un “curador” que la sustituya en el ejercicio de sus derechos y vele por sus intereses, reforzando la pasividad de la PCD, sino que deben crearse condiciones adecuadas para que la PCD obre por sí misma.

En este sentido, celebramos la incorporación al *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación* del “Sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad” que promueve la autonomía y facilita la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos a través de medidas judiciales o extrajudiciales, tales como la designación de una o más personas que presten apoyo tendiente al ejercicio de los derechos de las PCD.

Así mismo, El *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación* establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las “*personas incapaces*”. Entre ellas se encuentran las personas por nacer, las que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente y las personas declaradas incapaces por sentencia judicial. Cuando se dictan sentencias que declaran incapaces a las personas, les retiran la capacidad de ejercicio de los derechos por sí mismas, y les nombran un curador para que las sustituya en el ejercicio de esos derechos. De esta forma, se mantienen regulaciones que restringen derechos de personas, en función directa o indirecta de la situación de discapacidad violando los derechos de las PCD, así como el principio fundamental de igualdad y no discriminación.

El motivo por el cual el Poder Judicial declara incapaz a una persona se funda en la distinción de las personas físicas en “capaces e incapaces de ejercicio” (de hecho o de obrar), lo que configura una “discriminación por motivos de discapacidad”, violando así la CDPD (art.2)², y además reproduciendo un modelo de sociedad excluyente.

La clasificación de las personas en “capaces” e “incapaces” instituye una gradación del nivel de personalidad jurídica para determinar derechos y obligaciones, establece una distinción jerarquizante entre las personas, una distinción entre una vida valiosa y otra de menos valor (“minusválidos”). **Las formas lingüísticas empleadas constituyen acciones sociales de privación de identidad o de formación de identidades negativas, con las que se erige simbólicamente la barrera entre el adentro y el afuera social, es decir la discriminación y consiguiente exclusión social. Es por ello que proponemos modificar en el nuevo código toda la terminología legal discriminatoria.**

Por otro lado, en la actualidad la clasificación de la parte general del derecho civil que distingue a las personas en capaces e incapaces de ejercicio, resulta incompatible con las obligaciones generales asumidas por el Estado al ratificar la CDPD (art.4) y con la obligación específica de garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley a las personas con discapacidad, mental o intelectual, y de **adoptar las “medidas para sustituir el concepto de adopción de decisiones sustitutiva” (curatela) por el de “adopción de decisiones asistida o con apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”.**

jurídica o que no les aseguren un acceso equitativo a la justicia, lo cual da lugar a la impunidad de esos actos de violencia.”

² Adviértase que en el art.2 de la CDPD se entiende por **discriminación por motivos de discapacidad**: “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

El nuevo *Código Civil y Comercial* debe guiarse por el principio de la “dignidad del riesgo”, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse, en contraposición al actual modelo tutelar y asistencialista basado en la dicotomía clásica entre “capacidad de derecho” –o capacidad de goce– y “capacidad de hecho” –o capacidad de ejercicio– que reconoce a las PCD la primera, pero no la segunda, que cercena sistemáticamente la posibilidad de que puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las PCD de “los peligros de la vida en sociedad”. Esto es una violación del derecho a la capacidad jurídica de la PCD, explicitada en la CDPD y enraizada en el interés por la preservación de los patrimonios y la certeza jurídica –para los terceros– en las relaciones comerciales.

El derecho a la capacidad jurídica consagrado por la CDPD, debe aplicarse a todas las PCD, indistintamente de los apoyos que eventualmente pueda requerir para su ejercicio. La CDPD indica que una persona no puede perder más su capacidad jurídica solamente por causa de una discapacidad. Este derecho incluye especialmente la capacidad de actuar, es decir, la posibilidad de realizar actos regulados jurídicamente para hacer efectivas las decisiones que toma una persona, y no sólo para ser considerado sujeto teórico de derechos y obligaciones. Es pues el derecho a tomar decisiones sobre sus vidas, en un marco de respeto por la dignidad e independencia personal. Es por ello que la capacidad jurídica es tanto un derecho en sí mismo, como una garantía transversal e instrumental que permite ejercer todos los demás derechos por voluntad propia. De allí su valor paradigmático y central en la CDPD.

Para la reforma legal que transforme el actual modelo de discapacidad en un sistema inclusivo que permita la participación plena y el goce de garantías judiciales para todas las PCD, es esencial revisar todas las leyes en donde se regule el ejercicio de algún derecho jurisdiccional o procesal, y en donde éstos resulten restringidos por motivos de discapacidad o en función de la incapacitación legal de la persona.

Por todo lo expuesto, se considera de vital importancia revisar diversas áreas del *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación*, en donde si bien hay muchísimos avances en materia legislativa, no se garantizan efectivamente el acceso a la justicia, el trato igualitario y no discriminatorio y el derecho de defensa de las PCD.

2) PERSONAS JURIDICAS (Libro Primero, Título II, Capítulo 1, Sección 2ª. Clasificación de las personas jurídicas)

Nuestro Código Civil vigente considera a la iglesia católica una persona jurídica de carácter público (art. 33), lo que representa, desde varios puntos de vista, una afrenta al principio constitucional de igualdad relativa. Por un lado, siendo el Vaticano un Estado reconocido por Argentina, se le da el status de persona jurídica de derecho público, mientras que el resto de los Estados extranjeros son considerados por el mismo texto legal personas jurídicas del derecho privado. Esta distinción surge de la reforma introducida por la ley 17.711 del dictador Juan Carlos Onganía. El Estado del Vaticano recibe así un trato diferente al que se les da a todos los Estados extranjeros reconocidos por la Nación Argentina, los que sufren hoy un menoscabo en sus derechos ante la justicia local.

Cabe recordar que Vélez Sársfield no contempló la división de las personas jurídicas en públicas y privadas. El codificador original legisló sobre personas de existencia necesaria creadas con un objeto conveniente al pueblo y, seguidamente, acerca de los Estados extranjeros y las instituciones pertenecientes a ellos, los cuales eran también considerados personas jurídicas. Las fuentes citadas por el autor a la hora de optar por un método a este respecto fueron las siguientes:

- a) Código de Freitas: lo prefiere por sobre el Código Chileno por considerar correcto el criterio del codificador brasileiro en torno a la negativa de derivar en leyes especiales la legislación de las personas de existencia ideal.
- b) Constitución de Constantino: la reconoce como el inicio de la secularización del Derecho Privado.
- c) Serrigny: coincide en el estudio del criterio romano de reconocimiento de la iglesia e instituciones afines como personas jurídicas plenamente capaces.

Pero también —y probablemente sea más grave— atenta contra el principio de igualdad relativa la distinción entre la iglesia católica y los demás grupos de carácter religioso. Entendemos que el principio de no discriminación implica la necesidad de que todos los grupos reciban igual trato y, por

lo tanto, la iglesia católica, en su carácter de religión, se someta al mismo régimen que el resto de los grupos religiosos: esto es, en la actualidad, al Registro Nacional de Cultos. En cualquier caso —como sostienen muchos de los grupos religiosos que allí se inscriben— entendemos que este registro creado por el último gobierno de facto tenía por objeto la restricción abusiva y arbitraria del derecho de asociación que emana de nuestra Constitución y por tanto debiera ser derogado. En última instancia, las asociaciones autoidentificadas como de carácter religioso deberían encuadrarse en el marco legal delimitado para las simples asociaciones en nuestro Código Civil.

Esta doble afrenta al principio de igualdad relativa surge de la confusión entre la iglesia católica entendida como estado extranjero (i.e., el Estado del Vaticano) y la iglesia católica entendida como asociación religiosa. La actual redacción del art. 33 buscó fusionar ambas condiciones en una, lo que dio como resultado la actual situación.

La Libertad de Conciencia en el derecho argentino.

La llamada denominada “libertad de culto” expresa el derecho de ejercer los ritos propios de la fe y su divulgación y, si bien se ha entendido que contiene implícitamente el de libertad de conciencia y de religión de carácter más amplio, excluye el derecho a no tener culto. Algunos componentes de lo que se llamaría libertad de conciencia se encuentran implícitos en los principios constitucionales de reserva (art. 19 CN), igualdad y no discriminación (art. 16 CN) y supremacía constitucional (arts. 28 y 31 CN). Con las mismas características, se encuentra asegurada dentro de los derechos de los habitantes (art. 14 CN) y como derecho de los extranjeros (art. 20 CN).

Por otra parte, los tratados constitucionalmente jerarquizados en 1994, han especificado, en parte, su contenido y han reforzado su reconocimiento. Podemos citar entre los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen la libertad de pensamiento, de conciencia y/o de religión, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto de la legislación de fondo, diversas normas especiales en razón de su materia contemplan la libertad de conciencia como un derecho fundamental que debe ser respetado en todos los ámbitos en que se desenvuelven los individuos. Entre ellas se cuentan la Ley de Actos Discriminatorios, la Ley de Contrato de Trabajo, la Ley de Organización de las Asociaciones Sindicales, la Ley marco de Regulación del Empleo Público Nacional, el Pacto Federal de Trabajo, y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

El proyecto de nuevo Código Civil y Comercial

El proyecto de nuevo Código Civil y Comercial enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso resuelve en parte una de las dos situaciones descritas, desde el momento en que incorpora a los Estados Extranjeros a la definición de persona jurídica pública (art. 146, inc. b). Sin embargo, perpetúa una distinción arbitraria entre la iglesia católica y los demás grupos de carácter religioso al mantener explícito el carácter público de la iglesia católica (art. 146, inc. c).

La consecuencia de esto es una violación al principio de no discriminación, ya desde la base: mientras que las personas jurídicas de carácter privado (entre las que se cuentan los demás grupos religiosos) se rigen en primer lugar “por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código” (art. 150, inc. a) y, recién después, “por las normas del acto constitutivo” (art. 150, inc. b), las personas públicas (incluyendo a la iglesia católica) se rigen “por las leyes y ordenamientos de su constitución”. **No estando la iglesia católica sometida a las leyes que sí regulan el funcionamiento de otras religiones, se presenta una distinción arbitraria que debe ser eliminada.**

Algunos autores han defendido esta distinción en base al art. 2 CN, y a supuestos lazos espirituales que unen a la Argentina con el catolicismo. Al respecto, es de notar que:

a) La jurisprudencia ha insistido en que el “sostén” referido en la CN es de carácter exclusivamente económico y que en modo alguno implica que el ordenamiento jurídico argentino deba ajustarse a los principios de la religión católica. Las reformas introducidas en 1994 refuerzan esta idea.

b) El carácter público (como casi todos los privilegios que nuestra legislación le reconoce) le fue dado a la iglesia católica por una norma emanada de un gobierno de facto, que en modo alguno ajustaba sus decisiones a los principios de nuestra carta magna.

c) Así las cosas, la norma mencionada, si bien no colisiona con las disposiciones del art. 2 CN, no puede entenderse como una consecuencia necesaria de éste, ni menos aún como emanado del mismo. Por cierto, para que el estado sostenga económicamente a una organización no es necesario en modo alguno que esta tenga carácter público.

d) Sí colisiona esta distinción con otros principios constitucionales más generales, algunos de los cuales son consecuencia de la mismísima organización republicana de nuestro gobierno (art. 1 CN), así como los que surgen de tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución.

e) Sobre la supuesta raigambre católica de nuestra Nación podría escribirse infinitamente: basta observar que varios de los fundadores de nuestra Nación pertenecían a la masonería, que durante los primeros setenta años posteriores a la organización nacional se produjeron gran cantidad de avances normativos que avanzaban en un proceso de secularización del estado y de respeto a la diversidad en materia de convicciones —proceso que se vio interrumpido con la irrupción del primer gobierno de facto en 1930—, y que casi la totalidad de las disposiciones normativas de nuestro sistema legal que implican algún tipo de privilegio para la iglesia católica provienen de gobiernos de facto, mientras que los gobiernos democráticos se limitaron a mantener el statu quo.

Se suele hablar de la iglesia católica como una persona jurídica pública no estatal. Esta distinción doctrinaria, que de ningún modo se explicita en el código, no basta para separar a la iglesia católica del estado argentino como los principios del laicismo de estado obligarían. No se puede desconocer que la asignación de un carácter público a dicha institución legitima la concepción de que sus acciones y principios poseen un interés público que está por encima del que puedan tener otros sistemas de creencias. Es esta una de las más fuertes distinciones simbólicas establecidas en nuestro sistema jurídico, lo que representa una grave afrenta a las convicciones de millones de personas no católicas, e incluso no creyentes.

Por cierto, resulta difícil entender cómo se sostiene el carácter público de una institución que sistemáticamente se ha opuesto al reconocimiento de derechos de muchísimos colectivos oprimidos y vulnerados, al tiempo que a las comunidades indígenas, pobladoras originarias de nuestro territorio, históricamente perseguidas —muchas veces bajo el pretexto de la “evangelización”— se les asigna el carácter de personas jurídicas privadas (art. 148, inc. h).

Proponemos entonces, la eliminación lisa y llana del inc. c, del art. 146, del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial. De este modo, el Estado Vaticano en tanto estado extranjero, y exclusivamente en su ámbito de soberanía, será reconocido como persona pública, al igual que los demás estados extranjeros, pero la iglesia católica argentina como institución religiosa deberá someterse al mismo régimen que los demás grupos religiosos. Esta propuesta tiene varios antecedentes en proyectos de ley presentados en ambas cámaras del Congreso de la Nación.

3) MATRIMONIO y DISOLUCION

Si bien la sanción de la Ley N° 23.515 (B.O. 12/6/1987) modernizó el Código Civil en materia de derecho de familia, la resistencia de los sectores más conservadores de nuestra sociedad durante su debate impidió avances más significativos, lo cual se refleja en disposiciones arbitrarias e invasivas de la intimidad de los/as cónyuges. A 25 años de la reforma de la Ley N° 23.515, y habiéndose sancionado recientemente la Ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618, que nos colocó a la vanguardia de la legislación mundial, se recibe con beneplácito la presentación del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial, ya que resulta necesario actualizar la legislación relativa al régimen del matrimonio y su disolución.

I. Modificación del art. 403 inc. e): El artículo citado prevé como impedimento para celebrar el matrimonio el hecho de que uno/a de los/as cónyuges hubiese participado en el homicidio doloso del otro/a cónyuge.

Evidentemente dicho inciso, que no fue modificado del Código Civil vigente, es un error material que debe subsanarse, ya que la prohibición debe recaer sobre quien hubiese participado en el "intento de homicidio doloso" de su pretendido/a cónyuge.

Propuesta: se modifique el art. 403 inc.e) modificando la figura penal señalada por la de "intento de homicidio doloso".

II. Causas culpables del divorcio: La Ley N° 23.515 implica la confluencia, al mismo tiempo, de ideas y filosofías opuestas, una mezcla que une ideas del pasado ya superadas (culpa-sanción) con otras que nacen del respeto a la intimidad y a la autonomía de la voluntad de los/as cónyuges.

En tal sentido, la Ley N° 23.515 establece una serie de causas culpables de separación personal y de divorcio vincular (artículo 202 y 214, inc. 1° Cód. Civ.), manteniendo el ya antiguo modelo de divorcio-sanción, por el cual el Juzgador valora las conductas de los/as cónyuges y las sanciona (artículos 207, 211, 212 y 217 Cód. Civ). Pero al mismo tiempo, dicha ley impuso en nuestra legislación el modelo de divorcio-remedio, patente en la instauración de la separación y del divorcio por presentación conjunta (arts. 205, 215 y 236 Cód. Civ); en la facultad de cualquiera de los/as cónyuges de petitionar la disolución del matrimonio por la causal objetiva de la separación de hecho luego de un tiempo determinado (arts. 204 y 214 inc. 2° Cód. Civ.) y en la posibilidad de disolver el vínculo acreditando alteraciones graves de carácter permanente, alcoholismo y adicción a las drogas del otro/a cónyuge (art. 203 Cód. Civ.).

El sistema de divorcio-sanción ha estado vigente durante un cuarto de siglo, poniéndose de manifiesto en todo este tiempo sus carencias y sus disfunciones. En muchos casos los procesos de divorcio, lejos de resolver la crisis matrimonial, terminan agravándola y su duración llega a ser superior a la de la propia convivencia conyugal; por lo cual algunos autores lo denominan "divorcio destructivo".

Por lo expuesto, la eliminación en el proyecto del nuevo Código de las causales culpables de divorcio vincular se considera altamente positivo en pos del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

III. Plazos para ejercer el derecho a la disolución del matrimonio: En el régimen de matrimonio actual, aún en los casos en que existe la voluntad común de las partes de divorciarse o de separarse, su ejercicio está supeditado al transcurso de los plazos que fija la ley; el mínimo de dos años desde el matrimonio para la separación personal (art. 205 Cód. Civ.) y de tres años para el divorcio vincular (art. 215 Cód. Civ.), en tanto que si ambos/as cónyuges acuerdan convertir la separación personal en divorcio vincular deben esperar el transcurso de un año desde la sentencia firme (art. 238 Cód. Civ.).

Asimismo, para que uno/a de los/as cónyuges peticione la separación debe haber transcurrido dos años de separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 204 CC) y para divorciarse de tres años (art. 214 inc. 2° CC), en tanto que para que cualquier cónyuge solicite la conversión de la sentencia de separación en divorcio vincular debe haber transcurrido tres años desde la sentencia firme (art. 238).

Por otro lado, las causales de separación y divorcio previstas en la legislación actual (arts. 202 y 214 inc. 1° Cód. Civ.) operan con independencia del transcurso del tiempo. Cabe señalar que los/as cónyuges que deseen disolver el vínculo antes de los plazos previstos en la ley por la sencilla razón de la quiebra del vínculo matrimonial, deben continuar atados a una situación contraria a su voluntad o iniciar una demanda controvertida, invocando causales en realidad inexistentes, para escapar de un matrimonio que ya constituye una mera formalidad, sobrecargando el sistema judicial de procesos innecesarios.

A su vez, los plazos establecidos son sumamente extensos y, en tal, arbitrarios, obligando a los/as cónyuges a convivir en la misma casa, bajo apercibimiento de constituirse en transgresores del art. 199 Cód. Civ. La única razón para sostener plazos en la legislación sobre el régimen matrimonial es el "paternalismo" del Estado, ya que deberían ser las partes, y no el Estado, quienes deben tener la

posibilidad de decidir cuando disolver el vínculo (art. 19 CN). Este tipo de normativa no solo no ayuda a resolver las crisis familiares, sino que provocan una mayor escalada del conflicto.

Por ello, se considera beneficioso que el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial elimine los plazos señalados a fin de que las partes puedan petitionar el divorcio.

IV.. Derechos y deberes de los/as cónyuges: Si bien el art. 431 del proyecto hace referencia a la cooperación y a la asistencia recíproca de los cónyuges, se observa que un tema tan sensible carece de perspectiva de género.

Asimismo, el art. 431 establece el "deber moral de la fidelidad". En realidad, la existencia o interpretación de la fidelidad depende de la subjetividad de cada pareja y de sus propios pactos, por lo que aplicar a todas ellas una interpretación restrictiva del término implica violar la intimidad y autonomía de la voluntad de las personas con respecto a sus relaciones personales, constituyendo éstas acciones privadas que deben quedar exenta de la autoridad de los Magistrados (art.19 CN). Se entiende que la fidelidad obligatoria, así como lo fue durante tanto tiempo la indisolubilidad del matrimonio, es un resabio de la traspolación de principios religiosos a la normativa civil nacional, no obstante la laicidad del Estado.

Al respecto, la Doctrina y la Jurisprudencia han expresado que: "La protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno"³. "La función del derecho no es salvar almas sino garantizar la convivencia pacífica de diferentes grupos con diversas verdades y planes de vida"⁴. "Este concepto amplio de familia no puede ser restringido por las "buenas costumbres", la "moral cristiana" o el "bien común", ya que el orden constitucional conforma un piso mínimo que no puede ser desconocido por el orden infraconstitucional."⁵

Propuesta: Se incorpore la perspectiva de género a los derechos y deberes de los/as cónyuges incorporando como obligación de éstos/as la de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas a su cargo. Asimismo, se propone se elimine el deber de fidelidad.

V. Simplificación del trámite de divorcio: También se observa con agrado que en el Proyecto se hubiere simplificado el trámite de divorcio vincular, por lo cual resultará más expeditivo, impidiendo así la sobre carga judicial y disminuyendo las costas del proceso.

En tal sentido, resulta positivo que en el art. 437 se prevea la posibilidad de que el divorcio pueda ser petitionado por ambos/as cónyuges conjuntamente o por uno/a solo/a de ellos/as. Se propone que se incluya la posibilidad de que el divorcio también pueda ser petitionado por uno/a de los/as cónyuges con el consentimiento del/la otro/a.

A su vez, resulta positiva la eliminación del requisito de la previa separación de hecho de las partes para petitionar el divorcio.

En el art. 438 se establece como requisito para petitionar el divorcio el deber de acompañar una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio y que, aún cuando hubiere desacuerdo con relación a los aspectos regulados en el convenio, no se suspenda, en ningún caso, el dictado de la sentencia de divorcio.

Propuestas: Que el divorcio pueda ser petitionado/a por uno/a de los/as cónyuges con el consentimiento del/la otro/a.

-Se propone que el trámite de divorcio se pueda llevar a cabo por ante el Registro Civil donde se celebró el matrimonio. De esta manera, se simplifica el trámite y se ahorran las costas de un proceso judicial; proceso que no tiene razón de ser en tanto que para su celebración tampoco se requirió intervención judicial, evitando asimismo la sobre carga del sistema de justicia - inútil dispendio jurisdiccional-

³ Fallos 314:1531, considerando 13 de la disidencia del Dr. Fayt.

⁴ Gil Domínguez, Andrés, Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 77.

⁵ Cassani, Daniel Horacio, Diversidad de planes de vida albergados en la Constitución

Desde ya, que las cuestiones controvertidas, tales como las relacionadas a la responsabilidad parental y patrimoniales deberán ser sometidas a intervención judicial.

-Asimismo, se propone que en el marco del proceso de divorcio, se deje constancia que los/as niños/as y adolescentes deben ser escuchados/as, conforme lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada mediante la sanción de la Ley N° 23.489), que en su art. 12 establece el derecho del/a niño/a a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo/a afectan y se refiere al derecho a que sea escuchado/a en todo procedimiento judicial.

VI. Distinción entre el matrimonio de personas del mismo sexo y de diferente sexo con respecto a la guarda de niños/as menores de cinco años: El actual art. 206 CC establece una distinción entre los/as hijos/as menores de cinco años y los mayores de esa edad. Con respecto a los/as primeros/as, dispone que en caso de separación de los/as cónyuges por sentencia firme quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del/la menor. En tanto que los/as mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los/as cónyuges, quedarán a cargo de quien el Juez considere más idóneo/a. A su vez, la Ley 26.618 incorporó una modificación a este artículo, por la cual se contemplan los casos de matrimonios constituidos por cónyuges del mismo sexo; en estos casos no existe tal distinción, ya que siempre, a falta de acuerdo de los/as cónyuges, es el Juez quien dispondrá que los/as hijos/as queden a cargo de quien es más idóneo/a.

Precisamente la modificación introducida por la Ley de Matrimonio Igualitario puso de manifiesto la incongruencia de la distinción que establece la ley actual; ya que es evidente que la idoneidad no tiene relación directa con el género, como no la tiene tampoco con la orientación sexual de los/as cónyuges.

Por lo expuesto, se observa con agrado la eliminación en el Proyecto de la diferencia señalada.

VII. Protección del/la cónyuge que se encuentra en peor situación al momento de la disolución de la sociedad conyugal: En el art. 441 del Proyecto se prevé que el/la cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que empeore su situación tiene derecho a una compensación económica.

Los términos formulados por dicho artículo pueden desvirtuar el concepto de compensación económica, el cual debería aplicarse a determinadas situaciones. Históricamente, las personas que se dedican a las tareas domésticas no remuneradas y permiten, así, que el/la otro/a cónyuge acceda a tareas lucrativas o desarrolle una profesión, no reciben compensación económica alguna, quedando de esa manera en una situación económica precaria. Tal desigualdad provoca situaciones injustas y, en muchos casos, dramáticas.

Si bien la normativa actual prevé que la disolución de la sociedad conyugal se efectúa en partes iguales, lo cual resulta igualitario, no da respuesta a las situaciones en las que uno/a de los/as cónyuges se insertó en el mercado laboral a costa del trabajo doméstico del/la otro/a; evidentemente, las posibilidades futuras del acceso al empleo son desiguales, por lo que no se garantiza una igualdad real de oportunidades y de trato entre ambos/as.

Propuestas: Se sugiere que se fije una compensación económica a favor del/la cónyuge que como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los/as hijos/as comunes y/o a las labores del hogar común y/o a las actividades lucrativas del/la otro/a cónyuge, no pudo desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que hubiera podido.

Para su fijación deberían tomarse en cuenta, armónicamente, las circunstancias previstas en el art 442 del Proyecto.

También se sugiere que este derecho sea compatible con otros derechos de carácter económico que correspondan.

VIII. *Violencia acreditada en los procesos de divorcio vincular*: Resulta necesario contemplar las situaciones de violencia de género y/o contra los hijos/as acreditada en los procesos de divorcio vincular.

Propuestas: Cuando en el proceso de divorcio se acredite situaciones de violencia contra el/la otro/a cónyuge y/o contra los/as hijos/as menores de edad, se propone que la víctima pueda ser acreedora de compensación económica, además de reclamar los daños y perjuicios correspondientes.

Asimismo, y conforme lo dispuesto por la Ley N° 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres, que quede terminante prohibido recurrir a la celebración de audiencias entre las partes en los casos en que se acredite violencia de género y/o contra niños, niñas y adolescentes.

4) VOLUNTAD PROCREACIONAL

Argentina es pionera en Latinoamérica en la introducción de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), contando, desde el año 1984, con especialistas reconocidos/as a nivel mundial.

En el país nacen por año, aproximadamente, 1.200 niños y niñas mediante las técnicas de fertilización in vitro (FIV), debiendo sumarse los nacimientos producidos mediante el procedimiento de inseminación artificial (IA).⁶ De las distintas técnicas de reproducción humana asistida aplicables, el Registro Argentino de Reproducción Asistida (RAPA) manifiesta que cerca de 800 niños y niñas nacen por año en el país por tratamientos de donación de óvulos.⁷

Asimismo, nacen niños y niñas mediante el proceso de "gestación por sustitución" o "subrogación gestacional". Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción humana asistida tradicionales, caracterizado por el hecho de que la maternidad y/o paternidad volitiva queda disociada del hecho obstétrico, por contraste con lo que sucede con las técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro.

Son varias las circunstancias por las cuales se requiere la aplicación de las "técnicas de reproducción humana asistida" o de "subrogación gestacional", tales como problemas de fertilidad masculina y/o femenina; parejas constituidas por dos mujeres o dos varones; cuestiones etarias vinculadas con las decisiones personales de retrasar la maternidad y la paternidad en función del desarrollo personal y profesional, disminuyendo así la capacidad de procrear; personas sin pareja (cualquiera fuere su orientación sexual) y personas, incluso menores de edad, que por problemas de salud deban someterse a tratamientos de quimioterapia, radioterapia o intervenciones quirúrgicas que comprometan su capacidad de procrear.

Con respecto a la filiación, el Código Civil de la Nación establece en el artículo 240 que la filiación se establece por "naturaleza", en tanto vínculo biológico entre el/la niño/a y sus progenitores, o por "adopción", en tanto acto jurídico que crea vínculo de parentesco entre el/la niño/a y la persona o pareja adoptante; pudiendo la primera ser matrimonial o extramatrimonial. Asimismo, el artículo citado dispone que la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, producen los mismos efectos conforme las disposiciones del Código Civil.

En el país, las técnicas de reproducción humana asistida son utilizadas tanto por parejas heterosexuales, que hubieren contraído matrimonio o no, como por parejas del mismo sexo, casadas o no, y por personas que individualmente desean ser madres o padres. En caso de parejas heterosexuales las técnicas pueden ser homólogas o heterólogas; en la primera los gametos son aportados por ambos integrantes de la pareja, en tanto que en la segunda uno de los gametos o ambos son aportados por terceros/as donantes. Es decir, que en caso de técnicas heterólogas, como en el caso de parejas del mismo sexo, uno/a o ambos/as integrantes de la pareja no posee vínculo

⁶"En el país se practican unos 6.000 procedimientos de fertilización in vitro por año y el 20% de ellos producen nacimientos" (Dr. Sergio Pasqualini, experto de Halitus Instituto Médico. http://www.lanueva.com/edicion_impresa/nota/3/06/2012/c63127.prt).

⁷ Registro Argentino de Reproducción Asistida (RAPA). <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/unos-1200-ninos-nacen-al-ano-por-fertilizacion-vitro-en-argentina>.

biológico alguno con el/a hijo/a. Asimismo, la persona que utilice individualmente estas técnicas también debe recurrir a gametos donados, y podrá o no aportar los propios.

Tal como se expresó anteriormente, el Código Civil Argentino solo reconoce dos tipos de filiación, por “naturaleza” y por “adopción”, no obstante que resulta evidente que la filiación de hijos/as nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida no puede encuadrarse en ninguno de dichos tipos de filiación. Es por ello que se propone se modifique la legislación en la materia a fin de que incluya a “la voluntad procreacional” para determinar la filiación en tales casos.

“La sexualidad ya no detenta la exclusividad en la procreación, sino que se comparte con la intencionalidad, la voluntariedad y la planificación a la hora de procrear con la ayuda indispensable de la ciencia. La sola voluntad de una persona o una pareja conduce a que un hijo nazca “por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido”.⁸

“Cobra relevancia la llamada voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se utilizan técnicas complejas de reproducción asistida –sea en parejas hetero u homosexuales-, ya que no existirá un vínculo biológico con uno o ambos padres...La voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”⁹. La voluntad procreacional cobra especial relevancia entre las parejas del mismo sexo- al prescindirse de la “ficción reproductiva”- pues deberá presumirse que los hijos nacidos dentro de una unión fueron deseados por la pareja en conjunto”¹⁰

Con respecto a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida por parejas del mismo sexo, cabe señalar que la Ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618 establece la absoluta igualdad entre los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo y los constituidos por personas de distinto sexo, teniendo los mismos derechos y obligaciones (artículo 42). En dichos casos, no se debe efectuar diferenciación discriminatoria alguna con relación a la inscripción de los/as hijos/as nacidos/as en el seno de parejas del mismo sexo con relación a los/as nacidos/as en el seno de parejas heterosexuales.

A su vez, la ley debe proteger a las parejas del mismo sexo que no hubieren contraído matrimonio, de igual manera que a las parejas heterosexuales no casadas. Al respecto, cabe considerar que a las parejas heterosexuales que se presentan ante el Registro Civil para reconocer a sus hijos/as no se les exige un análisis de ADN, no obstante que ambos tipos de parejas recurren por igual a las técnicas de fecundación artificial heterólogas, así como tampoco se les exige que hubieren contraído matrimonio para efectuar el reconocimiento conjunto de sus hijos/as. De lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad de trato, a la protección de la familia y al derecho de identidad del/la hijo/a deseado por la pareja.

Por todo lo expuesto, resulta evidente la necesidad de adecuar la legislación nacional a la realidad actual y modificar el artículo 240 del Código Civil de la Nación, a fin de que se contemple la filiación por “voluntad procreacional”, junto con la filiación por “naturaleza” y por “adopción”. Y que los tres tipos de filiación, matrimonial o extramatrimonial, surtan los mismos efectos conforme las disposiciones del Código Civil.

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988.

⁹ Famá, María Victoria "Padres como los demás. Filiación y Homoparentalidad en la Ley 26618 de Matrimonio Igualitario en Derecho de Familia".- Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 48, marzo 2011, Ed. Abeledo Perrot.

¹⁰ “Monjaime Yaguair Mercedes y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo (artículo 14 CCABA)”, Expte N° 39998/0). En este caso, se reconoció la comaternidad de una pareja de mujeres que tuvieron una hija por TRA antes de contraer matrimonio igualitario.

5) ADOPCION

En relación a éste instituto se comparten mayoritariamente los fundamentos expresados en el anteproyecto.

En especial celebramos las siguientes modificaciones:

* Los principios sobre los cuales se elabora el régimen jurídico de la adopción, pautas de interpretación para resolver los conflictos que se puedan suscitar, a saber:

a) el interés superior del niño;

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen **o ampliada**;

d) la preservación de los vínculos fraternos y su separación por razones fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes y

f) el **derecho del niño a ser oído** y valorada su opinión de conformidad su edad y grado de madurez. Cuando se trata de la adopción de niños de 10 años o más, éstos **deben prestar el consentimiento a la adopción** (interés superior del niño, la participación de los niños en la construcción de su identidad y principio de autonomía progresiva).

* Sin que altere el vínculo jurídico adoptivo, el derecho del adoptado a conocer los orígenes.

* Se admite la adopción conjunta y la unilateral.

* Se admite la adopción a favor de dos personas convivientes no unidas en matrimonio.

* Se disminuye la edad para adoptar a 25 años.

* Se establecen tres diferentes supuestos fácticos y jurídicos que podrían dar lugar a la declaración judicial del estado de adoptabilidad: 1) niños sin filiación establecida o progenitores fallecidos, siempre que se haya agotado la búsqueda de familiares en un plazo determinado con posibilidad de prórroga; 2) decisión libre e informada de los padres de que su hijo sea adoptado, manifestación que no puede ser expresada dentro de los 45 días de nacido el niño, y siempre que se hayan agotado las medidas tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen, y 3) comprobación de que las medidas excepcionales dictadas y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en los plazos que establece la ley 26.061 no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada.

* Se dispone expresamente que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad

* El proceso de guarda con fines de adopción es más sencillo, tendiente a seleccionar al o los pretensos adoptantes, como así, lograr su vinculación con el niño.

* **La relevancia del factor tiempo** en este tipo de procesos

* Se disminuye el plazo máximo de guarda para adopción a 6 meses.

* Se señala que ni bien se termina el plazo de guarda para adopción, se debe iniciar el juicio de adopción, de conformidad con la relevancia del factor tiempo.

* La intervención del pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez en carácter de parte y con la correspondiente asistencia letrada; y también fundado en el derecho a la participación de niños y adolescentes, la necesidad de contar con el consentimiento si cuenta con 10 o más años de edad.

* El reconocimiento de tres tipos de adopción: plena, simple y de integración, ésta última considerada un tipo filial diferente.

* La mayor flexibilidad que se le otorga a adopción plena como a la simple en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas.

* La conversión de la adopción simple en plena por razones fundadas, generando efectos la sentencia para el futuro.

* Nombre: debe ser respetado el que viene dado de su familia de origen y sólo de manera excepcional se permite el cambio

* Por excepción se habilita al adoptado que cuenta con edad y madurez suficiente y a los adoptantes, a petitionar que se agregue o anteponga el apellido de origen al adoptivo fundado en el derecho a la identidad.

* En la adopción simple la titularidad y ejercicio se transfieren a los adoptantes; la familia de origen tiene derecho a comunicarse con el adoptado y el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando no pueda proveérselos la familia adoptiva.

* En cuanto a la adopción de integración se establece: la no necesidad de estar inscripto en el registro de adoptantes; la no aplicación de las restricciones en materia de guarda de hecho, la no exigencia de declaración judicial en estado de adoptabilidad y la falta de otorgamiento de guarda para adopción.

* La adopción de integración puede ser otorgada en forma simple o plena según la situación fáctica que se presente y siempre en el interés del adoptado.

Propuesta: Se hace especial hincapié en que sea incorporada la figura del "abogado del niño" (Ley 26.061) en el procedimiento de guarda con fines adoptivos y adopción. Si bien es real que durante todo el proceso de adopción el/la niño/a se encuentra tutelado por el Ministerio Público Fiscal, son vastos los argumentos doctrinales y jurisprudenciales donde se sostiene que además deberá contar el/la niño/a con su abogado/a. Toda vez que dicho instituto, en virtud del interés superior del niño y el principio de autonomía progresiva, ha sido incorporado en todo su contenido y espíritu a este anteproyecto.

6) RESPONSABILIDAD PARENTAL

La incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional) ha tenido también un fuerte impacto en las relaciones padres/madres e hijos/as.

La igualdad de derechos entre hombre y mujer se encuentra expresamente consagrada respecto a la crianza y educación de los/as hijos/as en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), con el objeto de satisfacer el derecho de todo/a niño/a a mantener vínculo con ambos/as progenitores/as tras la ruptura de la unión entre los/as adultos/as (arts. 9 y 18 de la CDN).

La regla de la **autonomía progresiva** de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de **potestad** o **poder** de los/as padres/madres sobre los/as hijos/as a la de **responsabilidad**, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al/la hijo/a, "la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño). También se debe tener en cuenta que la noción de "adolescencia" tiene entidad jurídica al ser considerada tal toda persona menor de edad entre los 13 y los 18 años.

El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión "patria potestad" por la de "**responsabilidad parental**", denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres/madres e hijos/as. La palabra "potestad", de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la "potestas" del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del/la niño/a en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo "responsabilidad" implica el ejercicio de una función en cabeza

de ambos/as progenitores/as que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del/la niño/a o adolescente.

La reforma deroga la regla del sistema unipersonal vigente en los supuestos de separación que ha dado lugar a la siguiente situación: uno de los progenitores (por lo general la madre) se queda a cargo del/la hijo/a y al otro/a progenitor/a le queda un rol secundario y periférico; ambos roles se muestran estereotipados y rígidos (madre cuidadora- padre proveedor), que no es acorde con la compleja realidad familiar. La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico; la sola expresión contribuye a que ninguno/a se sienta apartado/a ni excluido/a, más allá de que el sistema previsto en la reforma prevé o permite que los progenitores puedan acordar otro sistema o incluso, ser decidido por el juez cuando ello sea en el mejor interés del hijo.

En concordancia con lo expresado, se deroga la preferencia materna de la tenencia de los hijos menores de 5 años porque 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 la ley 26.618 que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La doctrina nacional critica el sistema vigente que prioriza la figura de la tutela por parte de un/a abuelo/a sobre su nieto/a en lugar de admitir el ejercicio de la responsabilidad parental –con ciertas limitaciones- por los/as progenitores/as menores de edad. El anteproyecto regula un régimen de ejercicio de la responsabilidad parental limitada por los progenitores adolescentes, con independencia de que éstos hayan o no contraído matrimonio. Se funda en el principio de autonomía progresiva y reconoce que los progenitores adolescentes pueden llevar adelante los actos de la vida cotidiana de los/as hijos/as, siendo ellos/as los/as protagonistas y principales responsables de dicha crianza, con ciertas limitaciones referidas a los actos de gravedad o envergadura, para los cuales se requiere el asentimiento de cualquiera de los progenitores de los adolescentes, sin la necesidad de que uno de ellos/as deba ser designado previamente tutor/a de su nieto/a.

El anteproyecto, al igual que varias leyes del derecho comparado, enumera los diferentes deberes y derechos de los progenitores destacándose, a modo de límite, el respeto por la autonomía progresiva del hijo, en especial cuando se trata de derechos personalísimos. Se deroga el llamado **“poder de corrección”** por ser esta una facultad más acorde con la noción de “patria potestad”; en cambio, se regula 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”. 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/as niños/as o adolescentes. El empleo de castigos físicos en la crianza de los/as hijos/as es una práctica extendida en todo el mundo. La mayoría de las veces los progenitores emplean castigos físicos porque no conocen otra forma de corregir ciertas conductas en sus hijos/as o porque sustentan creencias erróneas sobre la disciplina, sin olvidar que también lo hacen al no poder controlar su hostilidad o porque tienden a repetir la forma como ellos/as mismos/as fueron educados/as.

El régimen compartido admite dos modalidades: el alternado (que supone que el hijo convive un tiempo con cada uno de los progenitores) y el indistinto (según el cual ambos progenitores realizan las labores según las necesidades del grupo familiar, con independencia del lugar donde el niño reside principalmente). Este proyecto privilegia el último de los mencionados, por considerar que es el que respeta mejor el derecho constitucional del/la hijo/a a "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño), reafirmando el principio de “coparentalidad”.

El anteproyecto respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo, pero además orienta al juez en que la regla debe ser la custodia compartida bajo la modalidad indistinta. De conformidad con lo expresado, se incentiva a los progenitores a elaborar un “plan de parentalidad” tras la ruptura de la pareja

La obligación alimentaria es uno de los deberes a cargo de los progenitores que ha tenido una importante evolución doctrinal y jurisprudencial gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), hoy con rango constitucional. El anteproyecto prevé que la obligación alimentaria puede ser cumplida en dinero o en especie, según las posibilidades del o los alimentantes y las necesidades del alimentado, tal como acontece en la práctica. Reconoce, en forma expresa, el valor económico de las tareas personales que realiza el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo, por lo que debe ser considerado un aporte.

Uno de los temas más debatidos después de la sanción de la ley 26.579 (que establece la mayoría de edad a los 18 años) es el relativo a la extensión de la obligación alimentaria hasta los 21 años, en particular, cuando los/as hijos/as continúan conviviendo con uno de los progenitores. Como regla, el

deber alimentario se extiende hasta los 21 años de edad; nada debe probar el/la hijo/a que los reclama; es el padre o la madre que intenta liberarse quien debe acreditar que el hijo/a mayor de edad puede procurárselos. Otro supuesto contemplado en varias legislaciones del moderno derecho comparado es el de los alimentos a favor de la mujer embarazada, a quien se legitima para solicitar esa prestación al presunto padre. El anteproyecto también responde a los avances doctrinales y jurisprudenciales al reglar la posibilidad de solicitar alimentos provisorios a favor del hijo/a no reconocido/a en el marco de un proceso de reclamación de paternidad o maternidad, o aún antes cuando se acredita la verosimilitud del derecho.

Varias disposiciones receptan el principio fundamental de **autonomía progresiva**. En este contexto, enumera de manera concreta diferentes deberes a cargo de los/as hijos/as, entre otros: (a) respeto de sus progenitores; (b) cumplir con las decisiones asumidas por sus principales responsables cuando ellas no sean contrarias a su interés superior; (c) prestar colaboración de acuerdo con su edad y grado de madurez; (d) cuidar de los/as ascendientes en todas las circunstancias en las que sea indispensable contar con su auxilio. Se sustituye el deber de "obediencia" de los/as hijos/as por el de cumplir con las decisiones asumidas por los progenitores en su beneficio, por ser ésta más acorde con la noción de "responsabilidad parental" receptada en el anteproyecto.

Una gran cantidad de disposiciones del anteproyecto exigen recabar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, agregándose que ésta manifestación debe ser valorada de conformidad con la edad y el grado de madurez. En consonancia con el principio de autonomía progresiva, se recepta la siguiente relación inversamente proporcional: "a mayor desarrollo madurativo disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos" (conf. artículo 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3, 24 y 27 de la ley 26.061). Siguiendo las recomendaciones internacionales, no se establece una edad para que los niños sean escuchados, siendo ésta un elemento a ser tenido en cuenta sólo a los fines de la valoración.

Uno de los temas que más debates ha generado la ley 26.061 es el relativo a la defensa técnica de niños/as y adolescentes mediante su intervención o participación activa, con su propio patrocinio letrado, cuando existen intereses contrapuestos con los de sus progenitores. El anteproyecto permite la actuación del "abogado del niño" cuando los/as niños y adolescentes lo soliciten de manera expresa, y en determinados supuestos o situaciones especiales, en particular, cuando involucra a hijos/as adolescentes.

Sobre la base del principio de "democratización de la familia", el anteproyecto regula ciertos aspectos que involucran a la llamada "familia ensamblada", es decir, aquella estructura familiar originada en el matrimonio o en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos/as, nacidos/as con anterioridad a esta unión. De este modo, se alude a las situaciones de segundas nupcias de viudos/as y divorciados/as, y aquellas otras en las cuales uno/a de los/as cónyuges es soltero/a y el/la otro/a viudo/a o divorciado/a. Un capítulo particular se dedica a las funciones, derechos y deberes de los llamados "progenitores afines". Esta denominación sigue la más calificada doctrina nacional sobre el tema, que designa con este término a los nuevos cónyuges o parejas de los progenitores; se recurre a un vocablo ya existente en nuestro Código Civil, como es el parentesco por afinidad, que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge, y se lo extiende a las uniones convivenciales.

Desde una perspectiva sistémica e integral, algunas modificaciones sustanciales en aspectos personales tienen incidencia en los de carácter patrimonial; de allí que el principio de autonomía progresiva también se extiende a este último ámbito. El anteproyecto introduce varias modificaciones en el plano patrimonial de la responsabilidad parental, destacándose por su relevancia las siguientes: (a) la presunción de que los/as hijos/as adolescentes cuentan con madurez suficiente para estar en juicio conjuntamente con sus progenitores y aún de manera autónoma; (b) la posibilidad de que un/una hijo/a adolescente pueda iniciar acción civil a pesar de la oposición de sus progenitores; (c) la facultad de los/as hijos/as menores de edad de reclamar contra sus progenitores por sus propios intereses, sin previa autorización judicial si cuentan con madurez suficiente; (d) la celebración de contratos por parte de los progenitores en nombre de los/as hijos/as, pero dándoles a éstos la debida participación e información y (e) la presunción de que los/as hijos/as mayores de 16 que ejercen oficio, profesión o industria están autorizados por sus progenitores para realizar válidamente actos relativos a esta labor.

Los supuestos de extinción de la responsabilidad parental se modifican para estar en consonancia con los cambios propuestos en otras instituciones que se vinculan de manera directa con la responsabilidad parental. Se restringen los supuestos de privación de la responsabilidad parental, derogándose la posibilidad de que se extinga ipso iure por las consecuencias o situaciones negativas que hayan acontecido con otros/as hijos/as, siendo necesario indagar en cada caso si se observan o

no las causales de privación con cada hijo/a, con independencia de lo sucedido con el resto de los/as hijos/as. Se limita el supuesto de privación para las situaciones de peligro a la salud física y psíquica del hijo/a, derogándose la noción de "moralidad" a la cual alude el texto vigente, siendo éste un concepto vago e indeterminado contrario a la mirada estricta con la cual se debe analizar figura de la privación de la responsabilidad parental.

Se introducen modificaciones a los supuestos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en consonancia con los principios y propósitos que inspiran la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657. El anteproyecto reconoce que una persona puede sufrir la limitación de su capacidad para ciertos o determinados actos pero eso no significa la automática imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos; de este modo, se deroga la suspensión de pleno derecho del ejercicio de la responsabilidad parental que la declaración de insania o capacidad restringida producen en el régimen actual.

Conclusión: Todas las modificaciones propuestas al Código Civil actual son sumamente positivas, porque sitúan el eje de la cuestión en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, centrando la atención en su protección, desarrollo y formación integral. Las relaciones entre los padres y/o madres y los/as niños/as y adolescentes deben estar regidas y orientadas por el interés superior del/la niño/a. De este modo, se consagra expresamente la participación progresiva del/la hijo/a en las decisiones atinentes a su persona y sus bienes y se fomenta su autonomía progresiva.

7) PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA

Artículos analizados: 18, 146, 148, 1887, 1888, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035 y 2036.

a) Avances de la reforma:

Los principales avances de la reforma son:

- a- El reconocimiento de la multiculturalidad del conjunto de los/las actores civiles.
- b- La iniciativa por receptor en el Derecho Civil, lo prescripto en el Artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.
- c- La incorporación de la propiedad dentro de la enumeración taxativa de los derechos reales. Lo cual implica reconocer la existencia de un derecho de propiedad autónomo y con características propias. Además, se la ha dotado de los caracteres constitucionales (inalienable, intransmisible, insusceptible de gravámenes de garantía, etc.)
- d- El reconocimiento de la subjetividad civil de la Comunidad Indígena y los correspondientes derechos derivados de éste reconocimiento en el plano Civil.
- e- El reconocimiento del derecho de previa información y consulta a las Comunidades Indígenas respecto al aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en sus hábitats. Si bien este derecho ya tiene jerarquía supralegal, es necesario verlo compatibilizado con el régimen civil.

b) Diferencias:

Las principales diferencias que se plantean son

- a- ARTÍCULO 148.- Persona jurídica privada. La **Personería Jurídica de las Comunidades Indígenas** reconocida por la Constitución Nacional **no debería ser "privada", sino "Persona Jurídica Pública no estatal"**, ya que la existencia de la Comunidad Indígena es necesaria, no requiere de autorización ni "otorgamiento de personería" para funcionar, su reconocimiento es obligatorio, persigue un fin público, se rige por el derecho público, existe reconocimiento de su preexistencia en la Constitución, tiene un régimen asociativo y tributario particular, su constitución y funcionamiento no depende de formalidad alguna y tiene autonomía.
- b- ARTÍCULO 1887.- Enumeración. La *Propiedad Comunitaria Indígena* es un derecho real autónomo, con un régimen de orden público y con una estructura establecida por la Constitución Nacional, de allí que no se pueden hacerse comparaciones o identificaciones entre las formas tradicionales del Código Civil y la propiedad comunitaria indígena, ya que significa ignorar la inmensa diferencia que existe entre dichos contenidos. La propiedad a la que hace referencia la Constitución Nacional responde a otro origen y por tanto tiene diferentes formas de ejercicio y de prueba, de hecho la posesión indígena no requiere voluntad de sometimiento.

- c- **ARTÍCULO 2028.- Concepto.** *"La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas."* Esta redacción puede colisionar con la esencia del derecho, ya que no necesariamente recae sobre un bien inmueble; tampoco recae literalmente sobre un inmueble rural, pues se estaría discriminando el establecimiento de comunidades indígenas en zonas urbanas e interurbanas. Además el código no define el concepto de inmueble rural ni le asigna un régimen particular. Por otra parte la expresión "destinado a la preservación de la identidad cultural" remite al imaginario colectivo de que la cultura indígena es estática y además desconoce que el real destino de la Propiedad Comunitaria Indígena es el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, el idioma, la educación, el arte en los límites de su cosmovisión.
- d- **ARTÍCULO 2030.- Representación legal de la comunidad indígena.** El artículo dice: *"La comunidad indígena debe decidir..."* esta es una **expresión que contradice** a la C.N., la cual ya reconoce "la preexistencia étnica y cultural..." y sus formas culturales, que son de convivencia, organización económico-social y sus modalidades. Por lo tanto no debe decidir nada nuevo, y más aún, no está obligada a conformar estatutos y otros requisitos formales. Asimismo, un artículo con este contenido no debería incluirse en el capítulo de los derechos reales sino que es una temática propia de la representación de las personas jurídicas.
- e- **ARTÍCULO 2033.- Facultades.** Dice *"Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio"*. Existen comunidades cuyos integrantes han migrado a zonas urbanas y semi-urbanas. Hay que contemplar la situación de éstas personas que no dejan de pertenecer a sus comunidades indígenas. Además, hay tierras que son utilizadas de manera estacional o intermitente no exclusivas. El estado debe reconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo.
- f- **ARTÍCULO 2035.- Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta.** Este derecho es estratégico de las comunidades indígenas y ha tenido un desarrollo de importante magnitud. Es por ello que la redacción acotada de "información y consulta" resulta insuficiente.

1) Redacción alternativa

En virtud de las observaciones realizadas, sugerimos las siguientes redacciones alternativas:

El conjunto de disposiciones contenidas en el Código que hagan referencia a la regulación privada de las comunidades indígenas deberían reducirse al mínimo. Debería tratarse únicamente el reconocimiento de las comunidades indígenas como personas jurídicas públicas no estatales y su reconocimiento como derecho real, correspondiendo profundizar el tema en una ley especial, que no sólo regule relaciones Civiles.

a- **ARTÍCULO 146.- Personas jurídicas públicas.** Son personas jurídicas públicas:

- a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c) la Iglesia Católica;
- d) *las comunidades indígenas.*

b- **ARTÍCULO 2028.- Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre bien destinado al uso y goce por parte de una comunidad indígena.

c- **ARTÍCULO 2030.- Representación legal de la comunidad indígena.** *La comunidad indígena es representada conforme su forma interna de organización y de designación de representantes legales. Una ley especial determinará la forma en que la representación sea oponible a terceros*

d- **ARTÍCULO 2035.- Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta.** *Remisión a una ley especial y a normas internacionales.*¹¹

¹¹ Se agradece los aportes informativos de la Dra. Mariela Flores (Comisión de Juristas Indígenas de la República Argentina).