

Derecho de Familia Argentino inmerso en el paradigma de la igualdad y la no discriminación

Vilma Alpizar Matamoras (*)

RESUMEN

La vida vertiginosa de estos tiempos ha modificado la familia, célula esencial de la sociedad, y cada día se hacen más necesarias reformas a la legislación que incorporen esos cambios que vivimos diariamente. Temas tan controversiales como: ¿cuándo empieza la vida?, el matrimonio de personas del mismo sexo, la fertilización in vitro, la autonomía de la voluntad, el divorcio o la unión de hecho son temas ineludibles en el tratamiento de los modernos Códigos de Familia. Atendiendo estos retos, Argentina ha emitido un Código Civil y Comercial que recoge en su articulado estos temas del derecho de familia bajo el paradigma de la igualdad y la no discriminación el cual entrará en vigencia el año entrante.

PALABRAS CLAVES

Igualdad, no discriminación, autonomía de la voluntad, reproducción asistida, matrimonio entre personas del mismo sexo, divorcio incausado, uniones convivenciales.

INTRODUCCIÓN

El primero de octubre de este año, el Congreso argentino sancionó la aprobación en medio de mucha polémica, del Código Civil y Comercial de la Nación, que consta de 2.671 artículos, divididos en seis libros y que comenzará a regir a partir del 1 de enero de 2016, derogando así su antecesor emitido en 1869 y que había entrado en vigencia dos años después.

El texto original fue realizado por una comisión redactora, compuesta por más de cien reconocidos juristas, a la cabeza de los cuales estuvo la Comisión de Reformas creada por el Decreto 191 de 2011 y conformada por juristas de alto prestigio como el titular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, quien la presidió y las Doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, esta última muy conocida y apreciada en nuestro país.

Uno de los aspectos más significativos de este Código es lo que ha dado en llamarse la constitucionalización del derecho privado, *dejando a un lado la particular división entre el derecho público y privado, estableciendo un conjunto de principios entre la Constitución, y los ámbitos jurídicos antes mencionados, lo cual pone coto –en principio– al reproche doctrinario que reclamaba tal comunión. Lo dicho, repercute directamente en la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales y los derechos de incidencia colectiva, siendo que también implica nuevas directrices en torno a la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, y la mujer, los consumidores, y demás aspectos varios*¹.

1. INNOVACIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

La materia de Familia se reguló en el Libro II bajo el título Relaciones de Familia y su tratamiento al igual que el código en general, gira alrededor del paradigma de igualdad y la no discriminación como piedras angulares de su articulado y dando un carácter real

(*) Licenciada en Derecho, Doctora en Educación, Profesora de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, profesora de Historia del Pensamiento Constitucional en la UNED, profesora de Historia del Derecho, de derecho de Familia y exDecana de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle, Miembro de la Comisión de Derecho de Familia y de la Junta Directiva del Colegio de Abogados 2014-2015.

1 LUJÁN AULIU, Eduardo C. de. Argentina cuenta con nuevo Código Civil y Comercial. <http://aldia.microjuris.com/2014/10/09/argentina-cuenta-con-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>

a esa propuesta de igualdad que se evidencia en la protección de quienes puedan considerarse como vulnerables. En lo que atañe a la no discriminación, el hombre como tal ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, para dar paso a una etapa igualitaria, despojada de términos discriminatorios originados en causas de sexo, religión, origen social o condición económica, y dando espacio en la norma a la mujer, el niño y las personas discapacitadas entre otras.

Por otra parte, la familia, como base de la sociedad, no ha escapado como institución a los cambios de paradigmas sociales. Hondamente afectada por directrices religiosas y morales se le ha dado un marco regulatorio más claro en relación a la filiación (fecundación in vitro), a las uniones convivenciales, al régimen legal de los menores de edad, matrimonio, siempre desde una concepción profundamente igualitaria. *No cabe entonces, un análisis axiológico de las conductas sociales aquí tratadas, sino un reconocimiento de tales, en pos de regular las variables que no son más que la lógica consecuencia de una sociedad pluralista*².

La discusión de este Código no estuvo ajeno a la polémica en torno a diferentes instituciones del derecho de familia, no obstante parece ser que en el Congreso argentino, el punto que generó más discusiones, fue el artículo 19, que **define cuándo comienza la vida**. Se dejó sólo la palabra “concepción”, sin más precisiones, lo que mereció fuertes críticas de varias organizaciones, ya que, por ejemplo, genera controversias en los casos de fertilización asistida. Para estos casos, **sugieren que se especifique que el inicio de la existencia se da desde que el óvulo fecundado se implanta en el seno materno**³.

2. EL REMOZAMIENTO DE INSTITUCIONES CLÁSICAS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Cada una de las instituciones y cambios introducidos en este Código merecen un estudio a fondo y pormenorizado, sin embargo para dar un vistazo general a esta normativa cabe mencionar algunas de estas modificaciones⁴:

a. Matrimonio

El nuevo código no realiza distinciones entre varón y mujer para contraer matrimonio, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que se consagra la idea del Matrimonio Igualitario, consolidando el concepto de “vida en común” como eje de la unión matrimonial basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad, la obligación de prestarse asistencia mutua y alimentos.

También encontramos cosas curiosas como lo que se indica en este artículo en relación al uso del apellido del cónyuge usando la preposición “de”, lo cual en nuestro país claramente se tacharía de machista.

ARTÍCULO 67.- Cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella.

La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo.

El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.

2 Ibidem

3 <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Codigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie> Sebastian Albornos Martes 07 de Octubre de 2014

4 Los datos aquí suministrados han sido tomados del texto del Código Civil y Comercial de la República Argentina y de los siguientes artículos: **ALBORNOS, Sebastián.** Punto por punto los cambios que llegan con el nuevo Código Civil para el –argentino de a pie en: <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Codigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie> publicado el Martes 07 de Octubre de 2014

Cuáles son los principales puntos del nuevo Código Civil y Comercial en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/cuales-son-los-principales-puntos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-5864.html> publicado en Infojus Noticias el 19 de Octubre 2014

b. Posibilidad de optar por el régimen patrimonial

Se incorpora la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de ganancias (único existente en la actualidad) y el régimen de separación de bienes, optando por la exclusión de ciertos bienes de la sociedad conyugal a través de contratos prenupciales. Sin embargo, aún cuando se hubiera optado por este segundo régimen, el inmueble que funciona como hogar conyugal queda especialmente protegido al requerir el asentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto de disposición. Se fija como edad mínima en 16 años para que contraiga matrimonio un menor siempre y cuando medie autorización de los padres o judicial.

ARTÍCULO 446.- Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;*
- b. la enunciación de las deudas;*
- c. las donaciones que se hagan entre ellos;*
- d. la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.*

ARTÍCULO 463.- Carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449.

c. Unión convivencial

Se incorpora esta figura para certificar la unión de dos personas del mismo o de diferente sexo, basada en una relación afectiva, que conviven y comparten un proyecto de vida en común. Se prioriza la autonomía de la voluntad de la pareja, la cual puede, a través de pactos de convivencia, regular diferentes aspectos de su vida en común: económicos, alimentarios,

responsabilidades, etc. Se establece la protección de la vivienda familiar y, en caso de muerte de uno de los convivientes, se otorga al sobreviviente el derecho de habitación gratuito del hogar que compartían por un plazo de dos años. No será lo mismo que casarse ya que no tendrán derechos sucesorios. También se crea un registro para fines probatorios, en el cual podrán inscribirse los “Pactos de Convivencia” -oponibles a terceros- que regulen, entre otras cuestiones, la **contribución a las cargas del hogar**, la atribución del mismo y la división de bienes en caso de ruptura.

d. Divorcio

Se simplifican los trámites para solicitarlo: puede ser pedido en forma individual o conjunta, sin requisitos temporales de duración, no es necesario invocar una causal, y se deberá acompañar una propuesta que regule sus efectos (atribución de la vivienda, responsabilidad parental, división de los bienes y las compensaciones económicas entre los cónyuges). Los siguientes tres artículos del Código revelan aspectos fundamentales en la concepción de esta figura.

ARTÍCULO 435.- Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por:

- a. muerte de uno de los cónyuges;*
- b. sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;*
- c. divorcio declarado judicialmente*

ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

ARTÍCULO 441.- Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier

otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

e. Reproducción humana asistida

Otra novedad es la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro). Se regula expresamente el consentimiento previo, informado y libre; los requisitos del procedimiento a emplear, la prevalencia de la voluntad procreacional, y la equiparación de la filiación por dicho medio de reproducción humana con la natural y adoptiva plena. Regulada en los artículos 560 y siguientes.

f. Adopción

Se simplifica este régimen jurídico, dando prioridad al interés del niño por sobre el de los adultos, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. Se agiliza el procedimiento mediante la incorporación de plazos reducidos y razonables para su tramitación y dictado de resoluciones, como por ejemplo el establecimiento de un plazo máximo de 90 días para que el juez decida sobre la situación de adoptabilidad del niño. Se mantiene la adopción plena y simple, y se incorpora la adopción por integración, referida al hijo del cónyuge o del conviviente. Se admiten la adopción conjunta y unilateral. Se incorpora el derecho a ser oído del niño niña o adolescente y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, a la identidad, a conocer sus orígenes, a la preservación de vínculos fraternos.

g. Responsabilidad parental

Deja de denominarse “patria potestad” para llamarse “responsabilidad parental”, de conformidad con el status jurídico del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho. Se prevé que las tareas de cuidado personal que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención. Se establece el derecho de alimentos provisorios para el hijo extramatrimonial no reconocido.

h. Deber alimentario

El deber alimentario se extenderá hasta los 21 años artículo 658 y se estipula que, a tal efecto, nada deberá probar el hijo que reclama. Será el padre (que intenta liberarse de la responsabilidad) el que tendrá que acreditar que el hijo mayor de edad puede procurárselos. Incluso, si continuara con los estudios, la obligación se extendería hasta los 25 años. También excepcionalmente se permite el cobro de alimentos posteriormente al divorcio.

ARTÍCULO 434.- Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio:

a. a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.

b. a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

i. Apellido de los hijos

El hijo matrimonial podrá llevar el primer apellido de cualquiera de los padres. A pedido de alguna de las partes, se podrá agregar el del otro. Si no hubiere acuerdo entre ellos, se determinará por sorteo a realizarse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Todos los hijos del matrimonio deben llevar el mismo apellido, ya sea simple o compuesto. Artículo 64.

CONCLUSIÓN

El Código Civil y de Comercio de Argentina incluye dentro de su articulado una serie de temas muy novedosos y reflejo de los cambios que vivimos muchos de los cuales su discusión causa controversia en nuestro país pero que tarde o temprano tendremos que acoger. El matrimonio entre personas del mismo sexo o la fertilización in vitro fueron acogidos amparados en la autonomía de la voluntad, la igualdad y la no discriminación dentro del marco de los Derechos Humanos. Para los amantes del Derecho de Familia será muy enriquecedor el poder estudiar este Código, sobre todo cuando en el ambiente corren vientos que susurran la idea de que ya es tiempo de revisar nuestro Código de Familia. Al igual que Argentina, Nicaragua acaba de aprobar su Código de Familia el cual entrará en vigencia en seis meses y también merece ser objeto de estudio. Quizá de este ejercicio surja con más fuerza la idea de remozar nuestro Código.

Para terminar que mejor forma de hacerlo que con las palabras de la Dra. Aída Kemelmajer al reafirmar la importancia de emitir códigos que recojan todos estos cambios sociales.

Pienso que, más allá de las críticas que puedan formularse, el Código Civil y Comercial aprobado por el Congreso es un gran avance en la legislación, porque es un código que contempla la realidad actual y regula figuras jurídicas que existen en la sociedad sin marco jurídico, respeta minuciosamente los principios constitucionales -especialmente el principio de igualdad- está escrito en un lenguaje comprensible para el hombre común...⁵

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOS, Sebastián. Punto por punto los cambios que llegan con el nuevo Código Civil para el argentino de a pie en: <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Código-Civil-para-el-argentino-de-a-pie> publicado el Martes 07 de Octubre de 2014 Consultado 8 de octubre de 2014

Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Jorge Nicolás Laferriere compilado por Jorge Nicolás Laferriere. 1a ed., Buenos Aires : El Derecho, 2012

Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, primera edición, Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda, octubre de 2014.

Cuáles son los principales puntos del nuevo Código Civil y Comercial en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/cuales-son-los-principales-puntos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-5864.html> publicado en Infojus Noticias el 19 de Octubre 2014 Consultado 19 de octubre de 2014

LUJÁN AULIU, Eduardo C. de. Argentina cuenta con nuevo Código Civil y Comercial. "<http://aldia.microjuris.com/2014/10/09/argentina-cuenta-con-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>"-codigo-civil-y-comercial/ Consultado 8 de octubre de 2014

Para Kemelmajer el nuevo Código es un avance. En: <http://www.losandes.com.ar/article/para-kemelmajer-el-nuevo-codigo-es-un-gran-avance>. 7 de octubre Consultado 12 de octubre de 2014.

5 Para Kemelmajer el nuevo Código es un avance en: <http://www.losandes.com.ar/article/para-kemelmajer-el-nuevo-codigo-es-un-gran-avance> 7 de octubre