

# BOLETÍN INFORMATIVO DERECHO DE FAMILIAS Y SUCESIONES

- Bo.DFyS -

Editado por la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia – Facultad de Derecho – UBA

## Presentación

En este número encontrarán tres publicaciones inéditas de profesores de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia.

En la primera de ellas Jorge O. Azpiri rememora de manera sucinta los principales cambios que ha sufrido el derecho aplicable a las relaciones de familia, para preguntarse luego cuál es la familia/s que protege el Código Civil y Comercial de la Nación, desde la perspectiva del Derecho Constitucional. Asimismo, se interroga el autor acerca de cómo pensar un derecho de familia para el futuro, donde las normas parecen no dar respuestas a la variabilidad de situaciones que se presentan, y que demandan solución por parte de esta rama del derecho.

A continuación, Carlos Arianna se propone reflexionar acerca del impacto que provoca la separación de hecho en el régimen de comunidad de ganancias cuando se disuelve por muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges. Afirma el autor que el ordenamiento legal no cuenta con una respuesta específica al problema, contrariamente a la solución que sí brinda en aquellos casos en donde la extinción se la comunidad opera en vida de los cónyuges. Luego se realizará un meticuloso estudio de las normas implicadas, Carlos Arianna aproxima una solución que estima adecuada para resolver el asunto.

En tercer lugar, Juan Antonio Seda nos acerca en ensayo vinculado al ejercicio de la sexualidad por parte de personas con discapacidad intelectual. El profesor recapacita acerca de una categoría de novedoso análisis por parte de quienes operan desde el derecho, y efectúa una serie de interrogantes que permiten estructurar su escrito en asuntos tales como el establecimiento de apoyos o asistencias que pudieran requerir las parejas compuestas por personas con discapacidad intelectual para desarrollar un vínculo afectivo que incluya relaciones sexuales, acerca del rol de las familias en dichos procesos vitales y, la función que debe asumir el Estado en defensa de la autonomía de la persona con discapacidad intelectual en orden a la garantía de estos derechos.

Por último, Elena Mendoza, profesora de esta casa de estudios y Especialista en Derecho de Familia, nos acerca un breve ensayo que se enmarca en libro de su autoría "La Infancia que Trabaja. De la abolición a la legitimación del trabajo infantil. Análisis de la legislación nacional e internacional con perspectiva de infancia y perspectiva de género". recientemente publicado por Editores del Sur.

Por último, en el marco de la presentación a esta nueva edición al Boletín deseamos congratular a la Dra. Mary Beloff, integrante de la Comisión Académica de la Maestría y profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal de nuestra Facultad, como también en este programa de posgrado, por haber sido electa para integrar el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en oportunidad de celebrarse la 19ª Reunión de los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, realizada el 6 de junio en la sede central de Naciones Unidas en Nueva York. Mary Beloff fue electa con 142 votos para integrar como experta independiente el Comité de los Derechos del Niño durante el período 2023-2027, siendo la candidata más votada por los Estados Parte. De esta forma, luego de 17 años, la República Argentina vuelve a integrar el mencionado Comité.

## ÍNDICE

- *Acerca de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pág. 2)
- *Divagaciones sobre el Derecho de Familia, por Jorge O. Azpiri* (pág. 4)
- *Incidencia de la separación de hecho cuando la extinción de la comunidad se produce por muerte, por Carlos A. Arianna* (pág. 9)
- *Sexualidad y personas con discapacidad intelectual. Análisis en contexto de una ley sobre prácticas anticonceptivas, por Juan Antonio Seda* (pág. 16)
- *Reseña bibliográfica: La Infancia que Trabaja, de la abolición a la legitimación. Análisis de la Legislación Nacional e Internacional con perspectiva de Infancia y perspectiva de género, por Elena Mendoza* (pág. 22)



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires

## Contacto

**Mail:** cedfamilia@derecho.uba.ar

**URL:** www.derecho.uba.ar/bodfys

## Acerca de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2022 tendrán lugar las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, con sede en la Provincia de Mendoza y bajo la organización de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

Mientras que la Comisión nro. 7 se dedicará a asuntos vinculados al derecho de Familia y, especialmente a “Socioafectividad y la incidencia en el Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes”; la Comisión nro. 8 se ocupará de del Derecho de las Sucesiones y, en concreto, de “Mecanismos de planificación sucesoria. Pactos sobre herencia futura. Empresa familiar”

El quiebre de los modelos clásicos familiares que emergieron de la codificación moderna, y sus persistencias hasta el mundo contemporáneo, fueron más o menos permeables al reconocimiento de realidades afectivas cuya existencia operaron por fuera del marco normativo. La ya no tan nueva visión pluralista sobre las agrupaciones familiares, que se demanda desde la mirada constitucional y convencional de derechos, impone una respuesta pluralista al reconocimiento de figuras familiares que nacen de lo afectivo y, en muchos casos, demandan reconocimiento de efectos jurídicos.

Lo afectivo, se vuelve así el punto de partida sobre el que se estructuran dichos lazos; y que impactan en el derecho en tanto nos preguntan acerca de la necesidad de dotar de existencia jurídica a sus repercusiones fácticas. El surgimiento de vínculos afectivos que no descansan en la existencia de parentesco pueden resultar centrales y significativos en la vida de las personas involucradas y, al mismo tiempo, impactar en la totalidad de las relaciones familiares que el derecho sí reconoce de manera expresa.

De la reflexión acerca de las infancias y las adolescencias, y la necesidad de determinar de qué manera con una decisión se promueve el interés superior del NNyA, emergen un gran número de situaciones que exigen revisar los márgenes de la ley, y por ello la significación jurídica de determinados los vínculos de afecto. El derecho de comunicación de infancias y adolescencia con referentes afectivos; el reconocimiento de vínculos filiatorios que no emergen de la filiación por naturaleza ni por la TRHA pero que descansan en un vínculo afectivo preexistente; la problemática de las

guardas de hecho como antecedente para una adopción y la existencia de derecho alimentario fundado en el vínculo afectivo no jurídico son algunas de las temáticas que han sido abordadas por la jurisprudencia, que quizás estén presentes en las próximas Jornadas Nacionales. Su discusión permitirá marcar la agenda sobre la que se seguirán sumando argumentos para pensar los límites de la ley en el marco del corrimiento contemporáneo de las realidades familiares.

También serán temas de Jornadas los pactos sobre herencia futura y la planificación familiar.

Aunque ambos temas están relacionados debe destacarse que los pactos sobre herencia futura en principio se encuentran prohibidos en el art. 1010 del Código Civil y Comercial; en realidad los absolutamente prohibidos son los pactos institutivos, es decir aquellos de los que surge vocación sucesoria, puesto que la institución del sucesor contractual nunca fue admitida en el Código Civil y así sigue siendo en la actual legislación.

En este sentido en el Código Civil se admitió y subsiste actualmente el pacto previsto en el art. 2461, es decir el reconocimiento de onerosidad frente a la presunción de la ley sobre la gratuidad del acto en los casos previstos en el artículo citado.

No obstante bajo el título de herencia futura el art. 1010 en su segunda parte permite como excepción a la prohibición los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pudiendo establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. No pueden afectar la legítima, ni los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Esta disposición ha ocasionado distintas posiciones doctrinarias, no resueltas por el artículo en cuanto a los legitimados, los alcances del pacto, la posibilidad o no de considerar una mejora, y las vinculaciones con el testamento y las atribuciones preferenciales, entre otras. Todo ello, seguramente será debatido en la próximas Jornadas de Derecho Civil.

En cuanto a la planificación sucesoria, tema que ha merecido la atención de la gente de derecho en la actualidad, proviene del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria, aunque con las limitaciones de las disposiciones de orden público.

En este sentido siempre existieron instituciones sucesorias que permitieron la planificación, como la partición por ascendientes, el testamento, las

indivisiones dispuestas por el causante, el cónyuge o los herederos, el fideicomiso, por ejemplo.

Sin dudas ambos temas, y en esto hay acuerdo doctrinario, merecen reglamentarse con mayor detalle, como lo hacen varias legislaciones del derecho comparado.

# Divagaciones sobre el Derecho de Familia

Por Jorge O Azpiri<sup>1</sup>

## 1. Una aclaración antes de comenzar

He caracterizado a este escrito como divagaciones porque se ajusta exactamente al significado que le asigna la Real Academia Española ya que es la acción o efecto de divagar y esto a su vez, es hablar o escribir sin concierto ni propósito fijo y determinado.

Y de eso se trata ya que no tengo una idea preconcebida acerca del fin de esta nota sino tan solo pretendo hacer algunos apuntes sobre el pasado, el presente y el futuro del derecho de familia.

Desde ya si el lector tiene algo más interesante que hacer, le recomiendo que no siga adelante pero si se empeña en continuar le ruego su benevolencia al fin de su lectura.

## 2. Un poco de historia

Hay una etapa de la vida en que muchas veces miramos con más frecuencia el pasado que hacia el futuro. Tal vez, porque se han vivido unos cuantos años y el camino hacia la meta se avizora más reducido.

Por esta razón, una rápida visión de la forma en que ha evolucionado el Derecho de Familia puede ser útil para tratar de entender hacia donde se encamina.

Permítanme en este punto hacer una autoreferencia: Me recibí de Abogado en 1967. En ese entonces, regía el Código Civil de Vélez Sarsfield, con las reformas de la ley 2393 dictada a fines del siglo XIX, la ley 11.357 de la década del 20, la ley de adopción 13.252, sancionada en los años 40 y las leyes 14.367 y 14.394 en los años 50.

Los cambios sociales ocurridos desde entonces hicieron necesarias las pertinentes reformas legislativas. Así fue dictada la ley 17.711 que entre otras muchas innovaciones, incorporó el art. 67 bis permitiendo el divorcio – por supuesto – sin disolución de vínculo, por mutuo acuerdo.

La nueva ley de adopción 19134, de los años 70, que incluyó la figura de la adopción plena tuvo como antecedente un anteproyecto elaborado por el Centro de Investigaciones que dirigía el Dr. Felix Lafandra y que dependía de la cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones a cargo del Dr. Julio J. López del Carril, del que como Ayudante de Segunda formaba parte.

Hubo luego consenso acerca de la necesidad de reformar al régimen de patria potestad en el que se dejaba de lado el ejercicio paterno y de la filiación a través de la cual se implantó la equiparación jurídica de las distintas especies de filiación y se propendía a consagrar la coincidencia entre el vínculo biológico y el jurídico plasmados en la ley 23.264

Larga fue la discusión doctrinaria acerca de la implantación del divorcio vincular. Recuerdo que en un artículo publicado en el diario La Ley en el que comentaba la nueva ley de divorcio dictada en Brasil en el año 1978 culminaba la nota afirmando que cuando se decidiera tratar ese tema en nuestro país, debía tomarse en cuenta tal precedente legislativo porque resguardaba adecuadamente el matrimonio y al mismo tiempo brindaba una solución ponderada a las consecuencias de su ruptura. Para mi sorpresa, ese último párrafo no fue reproducido en la nota publicada poniendo de manifiesto las dificultades que este tema suscitaba.

Recién en 1987 se sancionó la ley 23.515 que incorporó esa institución manteniendo la separación personal y permitiendo alcanzar ambos emplazamiento jurídicos mediante diversos procedimientos.

Pero la gran modificación indirecta que sufrió el Derecho de Familia en los últimos tiempos fue la reforma constitucional de 1994 con la incorporación a su texto de los Tratados de Derechos Humanos, en especial la Convención Interamericana de Derechos Humanos, La Convención sobre la eliminación de las formas de discriminación respecto de la mujer y fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y sostengo que fue una modificación tangencial porque no alteró el articulado vigente hasta ese momento pero sentó principios como el derecho a la identidad, el derecho de los menores a ser oídos en las causas en las que se viera involucrado y también el paradigma de que en toda cuestión a resolver se debe tener en cuenta el interés superior del menor en el momento de dictar las pertinentes sentencias.

Obviamente, este sucinto racconto culmina con la sanción del Código Civil y Comercial vigente desde 2015, dentro del cual se destacan, el matrimonio entre personas del mismo sexo que ya había tenido

<sup>1</sup> Profesor Titular Consulto en Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Integrante de la Comisión Académica de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, UBA, y profesor regular de dicho programa de posgrado. Autor de numerosos libros de su especialidad.

recepción legislativa, la posibilidad de optar en el régimen patrimonial del matrimonio, la regulación de la unión convivencial y la incorporación como tercera fuente de la filiación, además de la que se genera por naturaleza o por adopción, la que tiene su origen en las técnicas de reproducción humana asistida, o para ser más precisos en la voluntad procreacional.

Por supuesto, también es necesario tener en cuenta las diversas normas que se han dictado para prevenir y sancionar las distintas formas de violencia familiar, ya sea ésta, física, psíquica o económica.

Por último, hay que considerar la diferencia que se hace entre sexo y género, estando aquél determinado por la biología mientras que éste depende de una construcción cultural en un momento determinado.

### **3. Frente a este entramado de normas, en el presente surgen algunos interrogantes:**

- a) ¿Cuál es la familia protegida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional?

Esta reforma data del año 1957 y en ese contexto no cabe duda que se refería a la familia matrimonial.

Fruto de una elaboración doctrinaria, también se la consideró incluida a la familia no matrimonial o de hecho, a la que todavía se aludía como concubinaria, con la consiguiente carga disvaliosa.

Pero, estuvo en el espíritu original de esa disposición contemplar como familia protegida por la ley la que resulta como consecuencia de la unión de personas del mismo sexo?

La respuesta negativa parece imponerse. Sin embargo, la evolución social y legislativa posterior permite avalar la posibilidad de incluir también dentro de esa protección a ese tipo de uniones.

Es claro que la solución legislativa ha optado por permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, descartando otra forma de regulación como podría haber sido la de la unión civil.

La interpretación de las normas jurídicas debe adaptarse a las nuevas realidades sociales y por consiguiente, más allá de la opinión personal que esta circunstancia nos merezca, es indudable que hoy en día la protección constitucional ampara las nuevas formas familiares que tienen regulación legal.

- b) ¿La declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser excepcional?

Para aproximarnos a este tema, es necesario tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición es la última

ratio a la que debe recurrir el Juzgador para resolver el caso que se le presenta.

Este criterio ha tenido vigencia durante muchísimos años. Vale recordar que ninguna norma del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield ha sido tachada por la jurisprudencia de inconstitucional y las disposiciones que podrían haber merecido esa calificación fueron objeto de modificación como sucedió con el matrimonio religioso que oportunamente resultó suplantado por el matrimonio civil..

Sin embargo, diversos factores han contribuido a flexibilizar esta solución.

Por una parte, las fórmulas abiertas a la interpretación que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos.

Es imposible establecer a priori un criterio de precise el alcance del “interés superior del menor”. Ello es así porque no solo dependerá de las circunstancias de hecho de un caso concreto sino también y fundamentalmente, del criterio del Juez interviniente.

Así podemos encontrar soluciones opuestas ante los mismos hechos pero valorados por diferentes Magistrados y en algún caso se declarará la inconstitucionalidad de una norma concreta porque no se aviene al interés superior del menor y en otro supuesto similar se mantendrá su vigencia por las mismas razones.

Otra de las cuestiones apunta a atacar disposiciones que obstaculizan el reconocimiento legal de institutos no regulados específicamente como la gestación por sustitución.

Es sabido que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial contemplaba ese instituto pero que en el debate parlamentario fue eliminado, quedando un vacío legal.

Su admisión encuentra un valladar en el art. 562 del Código Civil en tanto establece que madre es quien da a luz cuando se utilizan técnicas de reproducción humana asistida.

En reiteradas sentencias se ha declarado la inconstitucionalidad de dicha norma porque vulnera el derecho a formar una familia y limita los alcances de la voluntad procreacional como fuente de la filiación.

En tales casos, cuando había una filiación por naturaleza y se pretendía crear un vínculo filial a través de la gestación por sustitución se ha descartado la alternativa que podría ajustarse a derecho disponiendo la adopción de integración y se

ha preferido declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Ha ocurrido lo mismo con el art. 558 del Código Civil y Comercial en tanto establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales.

Es claro que dicha disposición alude a que esos dos vínculos exclusivos deben estar vigentes, sin excluir la subsistencia de otros pero con un alcance limitado como ocurre para el adoptado simplemente con sus padres adoptivos y sus padres de sangre, porque estos últimos tienen sus derechos paternofiliales circunscriptos por las propias normas adoptivas.

A pesar de esa restricción legal han existido sentencias que han declarado su inconstitucionalidad precisamente por el amparo a la familia y a la voluntad procreacional y han reconocido la vigencia simultánea de tres vínculos filiales aunque no habría que descartar que en un futuro también se admitiera la existencia de una cuarta relación filial en forma simultánea.

Las normas jurídicas regulan el comportamiento de las personas dentro de una sociedad en un tiempo determinado y además tienen un aspecto educativo al indicar cuáles son las conductas admitidas y cuales se encuentran vedadas.

Permitir la existencia de tres o más vínculos de filiación en forma simultánea no parece responder al comportamiento esperable de una sociedad organizada bajo los parámetros aceptados por la generalidad.

De lo contrario, estaríamos ante la vigencia de normas que carecen de sustento y que permitirían cualquier conducta con tal de que algunos interesados lo planteen para satisfacer un mero interés individual.

En otro orden de ideas es posible agregar que el derecho de habitación del conviviente superviviente limitado a dos años por el art. 527 del Código Civil también ha sido declarado inconstitucional.

El amparo a la vivienda familiar que tiene raigambre constitucional ha sido el argumento fundamental para sostener que dicha limitación temporal choca contra la norma de rango superior.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que quienes han constituido una unión convivencial, voluntariamente han evitado contraer matrimonio quedando de ese modo, sustraídos de la protección legal que ese instituto proporciona.

Nótese que en ejercicio de su libre albedrío se han colocado en dicha situación, ya que los

recaudos exigidos por el art. 510 del Cód. Civil y Comercial para constituir una unión convivencial, son similares a los requisitos para contraer matrimonio y sin embargo, optaron por quedar fuera de la protección legal que esta institución otorga.

Por ese motivo, el planteo de que dicho artículo limitativo en el tiempo del derecho de habitación es inconstitucional, implica darle un amparo a quienes no quisieron tenerlo y que solo se acuerdan de reclamarlo cuando los hechos se han consumado.

Si se amplían los derechos de los convivientes a los que hubieran tenido si se hubiesen casado, implicaría que también debería reconocerse la vigencia de un régimen de comunidad de bienes, el derecho a los alimentos posteriores al cese de la unión, la compensación económica indefinida en el tiempo y también la vocación hereditaria recíproca.

Demás está señalar que tales derechos no han tenido recepción legal en la regulación de las uniones convivenciales y su reconocimiento significaría imponer derechos y deberes propios del matrimonio a quienes voluntariamente se han apartado de esa institución.

#### c) La violencia de género

Este fenómeno social tan arraigado y tan difícil de erradicar ha sido adecuadamente regulado por la normativa vigente.

La explosión de casos planteados judicialmente es un claro indicio de la magnitud del problema y del efecto que han tenido las disposiciones legales para darle la adecuada visibilidad.

Las medidas de los Magistrados deben ser ejemplificadoras, no solo para evitar la repetición de los hechos de violencia en el caso concreto sino también para transmitir un mensaje al resto de la sociedad en el sentido de que tales comportamientos serán sancionados con todo el rigor que las normas permitan.

Sin embargo, es preciso estar alerta acerca del uso abusivo de esas disposiciones para supuestos en los que no se encuentra configurada la situación de violencia.

Es frecuente que, bajo la falsa denuncia de violencia se procure, por ejemplo la exclusión del hogar de uno de los cónyuges sin cumplir con los recaudos que son exigidos en un proceso incidental de divorcio.

La desnaturalización de un procedimiento previsto para un fin determinado debe ser objeto de clara observancia por parte del Juzgador para evitar que

se obtengan resultados dispares frente a un caso concreto.

Dicho en otras palabras, será necesario discernir de manera minuciosa si se trata de un supuesto de violencia estructural de la pareja y los hijos o si se presenta una situación conflictiva propia de la crisis matrimonial.

En el primer caso se cuenta con las normas de violencia familiar que amparan esa situación mientras que en el segundo las disposiciones aplicables son las propias del divorcio y sus cuestiones conexas.

#### d) Perspectiva de género

Como se ha señalado, la diferenciación entre los sexos masculino y femenino responde a características biológicas mientras que el género masculino y femenino se configura a través de estructuras sociales y culturales.

Es clásica la diferenciación de roles masculino y femenino en base a estereotipos determinados, asignando al hombre la condición de líder y proveedor de bienes y a la mujer la encargada de la gestación, del cuidado de los hijos y del hogar.

Estas configuraciones provocan diferencias sociales y culturales que se encuentran arraigadas en nuestro país, como así también en otros lugares del mundo.

Las leyes que establecen la igualdad jurídica entre hombres y mujeres cualquiera sea su estado civil constituyen un hito tendiente a la superación de esas diferencias, pero es indudable que resultan ser insuficientes para lograrlo.

Muy lejos estamos de la protección que el Código Civil de Vélez Sarsfield le brindaba a la mujer casada puesto que ello implicaba considerarla como una incapaz de hecho relativa, sujeta a la representación legal del marido, quien administraba los bienes gananciales y ejercía la patria potestad sobre sus hijos.

Sin embargo, tales diferencias sociales hoy se siguen presentando y resulta adecuado que al momento de juzgar un caso en particular, se tengan en cuenta esas construcciones para determinar si uno de los integrantes del conflicto se encuentra en una situación desventajosa con relación al otro por el solo hecho de haber asumido un rol determinado.

#### 4. Algunas consideraciones

Es evidente que los cambios sociales tan importantes como los que se han producido en los últimos sesenta años han influido de manera notoria en la legislación y en su interpretación.

Sin embargo, según mi parecer, las normas jurídicas deben ser salvaguardadas en la medida de lo posible, evitando el disloque que provoca su declaración de inconstitucionalidad.

La excepcionalidad de tal circunstancia contribuye a resguardar la seguridad jurídica que merecen los ciudadanos.

Hoy parece difícil anticipar el resultado de un planteo judicial que involucre algún aspecto familiar por la propensión al apartamiento de las normas vigentes bajo el argumento de la violación de una disposición de rango superior.

Siempre es posible encontrar una solución legal que proteja el derecho de un litigante, en la medida en que tal planteo se encuentra contemplado en una norma vigente.

Es tarea de los Magistrados fallar en concordancia con el ordenamiento jurídico, recordando que no han sido investidos de la facultad de legislar sino de aplicar las normas dictadas por el órgano competente.

#### 5. Una propuesta poco ortodoxa

Pero más allá de estas consideraciones, las perspectivas acerca de la evolución de las normas de familia abren un panorama incierto, y una alternativa tal vez podría encontrarse en disposiciones que reflejen principios generales, dejando la solución concreta en manos de los Juzgadores.

Esto significa que la regulación específica de las cuestiones puntuales estaría siendo abandonada o bien subordinada por la prevalencia determinados principios.

Así, es posible vislumbrar un derecho de familia que se resumiera en muy pocas disposiciones.

Una de ellas podría ser: “Los conflictos personales o económicos entre los miembros de una pareja deberán ser resueltos en base a la igualdad y la equidad.”

Otra: “Los conflictos que involucren a menores de edad deberán ser resueltos teniendo en cuenta el interés superior del niño”

La tercera: “Los conflictos en materia de filiación deberán ser resueltos tomando en cuenta el derecho a la identidad y la voluntad procreacional.”

Una penúltima: “Las normas regulatorias, si existieran, tendrán un alcance meramente orientativo y no imperativo.”

Para todos los casos: “Los jueces resolverán los conflictos en base a las circunstancias de hecho que

se presenten y adoptarán las medidas adecuadas para su cumplimiento y efectos.”

Si el derecho de familia emprendiera ese camino, los estudiantes estarán agradecidos, los abogados aguzarían sus planteos y los jueces tendrían en sus manos dar una concreta solución a los conflictos sin tener que recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de las normas particulares porque resultan superfluas.

#### **6. Para ir terminando y pensando en un futuro más lejano**

Los cambios que se irán produciendo en la realidad social y los avances científicos que ya existen aunque sea en forma incipiente, abren numerosos interrogantes acerca de la evolución del derecho de familia.

Aquí van algunas preguntas para responder en los próximos cincuenta años:

Así como se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo, se admitirán efectos jurídicos a familias integradas por parientes que hoy no pueden contraer nupcias, como el suegro, suegra, yerno y nuera, los hermanos entre sí ya sean de sangre o adoptivos, o padres con sus hijos?

Si se acepta la existencia de varios vínculos filiales simultáneamente, podrá ser aceptada la poligamia en sus dos variantes, la poliginia y la poliandria?

O expresado de una manera más amplia, los matrimonios o las uniones convivenciales podrán estar integrados por más de dos personas, por ejemplo, dos hombres y dos mujeres, o tres y uno, o cuatro del mismo sexo?

Si los paradigmas de la bioética se modifican, podrán encargarse hijos manipulados genéticamente para que tengan determinadas características?

Si ya se clonan animales superiores como ganado vacuno o caballar, podrán clonarse seres humanos?

Y en este caso, cuáles serán las relaciones filiales con los hijos clonados a partir de una persona con la que compartirá el material genético?

Queda así planteado el debate sobre el futuro del derecho de familia.

Y con esto he terminado de divagar... por ahora

# Incidencia de la separación de hecho cuando la extinción de la comunidad se produce por muerte

Por Carlos Arianna<sup>1</sup>

## I.- Planteo del problema.

La cuestión que suscita estas reflexiones es el impacto que provoca la separación de hecho en el régimen de comunidad de ganancias cuando se disuelve por muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges (arts. 475 inc. a del CCYC). El código no tiene una respuesta específica para este supuesto como si la trae cuando la extinción de la comunidad opera en vida de los cónyuges. En efecto, en este último supuesto el segundo párrafo del art. 480 dispone “*Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación*”. La misma solución debe extenderse a la causal de separación de bienes prevista en el inc. c) del art. 477 en tanto concurren los mismos fundamentos por cuanto no hay diferencias si la separación de hecho precedió al divorcio o nulidad del matrimonio o a la separación de bienes fundada precisamente en ese dato fáctico.

El efecto retroactivo de la sentencia importa un claro reconocimiento de la fuerza expansiva de la separación de hecho sobre la comunidad de ganancias al extinguirla a esa fecha; de modo que se reputaran propios los bienes adquiridos por los cónyuges luego de la interrupción de la vida en común.

Ahora bien si la separación de hecho precedió a la muerte ¿qué solución debemos dar?. Advertirá el lector que las respuestas posibles son dos: a) en razón que la extinción se produce con el fallecimiento o al día presuntivo de fallecimiento (art. 476), la comunidad de ganancias subsistirá hasta ese momento y por tanto ninguna incidencia tendrá la separación de hecho; b) por aplicación del principio de analogía extender la misma solución prevista para disolución en vida al supuesto de muerte, de suerte que ni el cónyuge superviviente ni los

herederos del otro tendrán derecho a participar sobre los bienes adquiridos luego de la separación de hecho sin voluntad de unirse.

Desde ya adelantamos que adherimos a la segunda solución, pero previo a ingresar al núcleo del problema creemos útil una breve referencia a los antecedentes históricos de la incidencia de la separación de hecho sobre la entonces denominada sociedad conyugal, así como también conceptualizar la separación de hecho sin voluntad de unirse a la luz del nuevo diseño del matrimonio y el divorcio en código civil y comercial.

## II.- Un poco de historia.

El cese de la convivencia conyugal con vocación de sustraerse de modo definitivo a la comunidad de vida que implica el matrimonio, sea por decisión unilateral o por acuerdo bilateral de los esposos, es una situación bastante frecuente, pues en la generalidad de los casos el juicio de divorcio viene precedido de un lapso más o menos prolongado de separación de hecho.

Dicha circunstancia obedece a distintos factores, tales como falta de medios económicos para afrontar los costos del divorcio, la falta de coincidencia temporal en la decisión de poner fin al matrimonio, o bien establecer un período de reflexión antes de encarar formalmente la extinción del vínculo.

El código civil, en la versión de Velez Sardfield, rehúso toda consideración de la separación de hecho, salvo en materia sucesoria en que la receptó como causal de exclusión de la vocación hereditaria conyugal en el art. 3575, de modo que la solución a los variados conflictos provocados por la separación provinieron de la labor jurisprudencial.

Es que, como afirmó hace varios años Kemelmajer de Carlucci, el legislador, hasta el año 1968, incurrió en el error de creer que la vida de los cónyuges podía presentarse bajo un dualismo: plena comunidad o divorcio.<sup>2</sup> Cuestión que no era exclusiva del derecho nacional. Josserand afirmaba “*Pero la ley no tiene poder bastante para hacer abstracción de los hechos; la ficción no podría vencerá la realidad; a pesar de todo, la circunstancia de que los esposos vivan cada uno por su lado hace surgir problemas cuya solución ante el silencio de la ley, es difícil. De todas maneras, será forzoso establecer un régimen jurídico, un modus vivendi, teniendo en cuenta el aislamiento de los esposos, la circunstancia de que hay matrimonio sin vida en común...*”.<sup>3</sup> En sentido similar se pronunciaba

<sup>1</sup> Profesor Titular Regular en Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Integrante de la Comisión Académica de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, UBA, y profesor regular de dicho programa de posgrado. Autor de numerosos artículos de su especialidad y de la obra “Régimen Patrimonial del Matrimonio” Ed Astrea.

<sup>2</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída “Separación de hecho entre cónyuge”, Astrea, Buenos Aires 1978, p. 1

<sup>3</sup> Josserand, Louis “Derecho Civil”, Tº I, Volúmen II,

Messineo: *“Pero que la ley no contemple la separación de hecho, y hasta que la excluya en virtud del ya señalado carácter taxativo (supra nº 1) de los casos de separación, no significa que la separación de hecho no sea productora de efectos jurídicos. En verdad, a la separación de hecho suele acompañar la conclusión de una convención de los cónyuges al objeto de regular entre ellos las relaciones que nacen de la separación misma”*<sup>4</sup>

También puede pensarse que la omisión de reconocer efectos jurídicos a este estadio de la vida conyugal, obedeció a la rigidez del sistema, por entonces vigente, en que el divorcio –no vincular– solo podía obtenerse previa comprobación de una causal culpable, de suerte que la separación de hecho fue tomada como dato desde la óptica sancionadora, al erigir el abandono del hogar como causa del divorcio.

La falta de regulación en materia de sociedad conyugal fue remediada por la labor de la doctrina judicial. Las soluciones fueron variando al correr del tiempo. Una primera tendencia negó efectos a la separación de hecho, (salvo en materia sucesoria), con el injusto resultado que si un cónyuge abandonaba al otro luego podía reclamar la mitad de los gananciales adquiridos por aquel, sin que haya mediado ninguna contribución de su parte. Una segunda corriente se inclinó por erigir a la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal, por aplicación subsidiaria del art. 1769 del código civil, cuyo reenvío autorizaba el art. 1262. Pero el problema de esta tesis es que el cónyuge culpable del abandono impedía al inocente de participar de los gananciales por él adquiridos. Surgió entonces una tercera tendencia que discriminó entre el cónyuge culpable y el inocente; se sostuvo que la sociedad conyugal no se disuelve por la separación de hecho pero priva al culpable de participar de los bienes adquiridos por el inocente; su fundamento se basó en que la culpa no engendra derechos y que el art. 1315 solo resulta aplicable en caso de normal funcionamiento de la sociedad conyugal, es decir cuando media convivencia y mutua colaboración de los cónyuges.<sup>5</sup>

Esta última solución es la que acogió la reforma de la ley 17711 al disponer en el párrafo tercero del art. 1306, *“Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene*

*derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable”*.

En razón que el régimen matrimonial continuaba respondiendo al concepto de divorcio sanción, la solución de la ley no estuvo exente de críticas. Se adujo que provocaba una incoherencia en el sistema, pues para un cónyuge subsistía la sociedad conyugal y para el otro no y que permitía un indebido favoritismo para el cónyuge inocente quien podía demorar *sine die* la disolución de la sociedad conyugal.<sup>6</sup>

La ley 23.515 reformó el sistema matrimonial sin encarar una modificación integral al régimen patrimonial, sólo ajustó algunas disposiciones para armonizarlas con el nuevo régimen que ordenó (arts. 1306, 1294 y derogación del art. 1292). No obstante algunas de las modificaciones tuvieron una fuerza expansiva que excede el propio sistema matrimonial para proyectarse sobre el régimen de bienes.

En lo aquí tiene incidencia incorporó a la separación de hecho como causal objetiva de separación personal y divorcio (arts. 204 y 214, inc. 2° del código civil). El legislador del año 1987 le dio a la separación de hecho como causal de separación personal y divorcio una fisonomía peculiar. Se apartó de otras soluciones que brindaba el derecho comparado, como la española que opta por una configuración netamente objetiva de la causal, bastando probar el cese objetivo de la convivencia sin entrar en el análisis de la culpa (art. 86 inc. 4°, Cód. Civil) .Se inclinó por una consideración mixta de la causal pues permitía por la mera separación de hecho y el transcurso del plazo decretar el divorcio; pero a la vez posibilitaba que cualquiera de los cónyuges deje a salvo su inocencia, si alegare y probare no haber dado causa a la separación.

En esta última hipótesis ninguna duda acarrea la aplicación del último párrafo del art. 1306. El cónyuge que provocó la separación, violando un deber jurídico, no participaba de lo adquirido por el inocente tras el cese de la convivencia, en cambio para éste último regía el art. 1315, desde que la separación de hecho no era causal de disolución de la sociedad conyugal. Pero si la litis se trabó de modo tal que ninguno de los cónyuges alegó y probó la excepción de inocencia, y por ende la sentencia no asignó culpas, la respuesta no fue unánime.

La dificultad obedecía a que las causales objetivas responden a una concepción distinta del

Ediciones Jurídicas Europa-America, Bosch y Cia Editores, Buenos Aires 1950, p. 210

4 Messineo Francesco “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires 1954, T° III, p. 98

5 La evolución jurisprudencial puede consultarse en Kemelmajer de Carlucci, obra cit., pags. 131/135

6 BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, Edit. Astrea, t. II, p. 136 y sigs., 5ª edición.

divorcio que implican un cambio de óptica frente al conflicto conyugal, evitando la calificación de conductas para erigir al conflicto en sí mismo en causa del divorcio. En cambio el art. 1306 –párrafo tercero- se inspiraba en un criterio sancionador, al privar del derecho a los gananciales adquiridos luego del cese de la vida en común, al cónyuge culpable y no al inocente

La cuestión se planteaba en los siguientes términos, ¿decretado el divorcio por una causal objetiva los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho se dividían con los alcances del art. 1315 o se excluían de la partición por mitades?

Para una corriente cuando el juicio de divorcio se fundaba en la causal objetiva de la separación de hecho no cabía reputar a los cónyuges ni inocentes ni culpables. En consecuencia no resultaba aplicable la norma contenida en el art. 1306, y por ende la sociedad conyugal subsistía con todos sus efectos hasta la fecha de notificación de la demandada, y hasta ese momento los bienes se reputarían gananciales, incluidos los adquiridos tras la separación.

Otros sostuvimos que decretado el divorcio por una causal objetiva ninguno de los cónyuges participaba de los gananciales adquiridos por el otro luego de la separación de hecho, con fundamentos en dos razones: a) por la identidad de efectos que produce el divorcio por causales objetivas con el divorcio por culpa de ambos cónyuges, y b) los fundamentos de la ganancialidad. El debate, en el ámbito de la Capital Federal, quedó zanjado con un fallo plenario dictado en el año 1999 que adoptó esta última postura<sup>7</sup>.

### III.- La solución del código civil y comercial en los casos de disolución de la comunidad en vida de los cónyuges.

El código civil y comercial introdujo modificaciones sustanciales en el sistema matrimonial. Respecto de los tradicionales derechos-deberes matrimoniales, suprimió el carácter jurídico de los deberes de fidelidad, asistencia no material, convivencia, tornándolos incoercibles, y ha mantenido como deber jurídico el de alimentos. (arts. 431 y 432)

La solución resulta coherente con el sistema de divorcio sin expresión de causas que impide juzgar la culpa en la ruptura matrimonial; el divorcio se decreta a petición de uno o ambos cónyuges sin necesidad

de invocar causa alguna más que su voluntad (arts. 437 y 438).

Resulta obvio que en ese marco no podía mantenerse el régimen discriminatorio basado en la culpa del art. 1306 del código civil. A fin de analizar la respuesta del código civil y comercial hay que distinguir los supuestos de divorcio y nulidad de matrimonio, y los casos de separación judicial de bienes.

**1.- Divorcio y nulidad:** Conforme el primer párrafo del art. 480 la regla es que la comunidad se disuelve el día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480 primer párrafo), pero si medio separación de hecho previa la extinción se produce el día de esa separación, facultando al juez a apartarse de ese efecto retroactivo de la sentencia cuando exista fraude o abuso del derecho. De modo que el segundo y tercer párrafo del art. 480 vienen a reemplazar la fórmula del art. 1306 último párrafo del código civil.

En relación al supuesto de fraude o abuso del derecho hay que aplicar un criterio restrictivo, pues como hemos sostenido no puede reputarse abusiva o fraudulenta las razones que llevaron a uno de los cónyuges a poner fin al proyecto de vida en común pues ello contraría el margen de libertad concedido por el ordenamiento<sup>8</sup>. Con elocuencia afirma Zannoni “se nos hace difícil suponer en qué casos podría plantearse el juez la necesidad de modificar la extensión del efecto retroactivo que la ley le atribuye a la sentencia de divorcio que disuelve la sociedad conyugal. Porque nos cuesta imaginar en que supuestos la retroactividad establecida por la ley pudiese operar en fraude los derechos de uno de los cónyuges o erigirse en un supuesto de abuso del derecho en su perjuicio”.<sup>9</sup>

La retroactividad de la sentencia provocará que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges luego de la separación de hecho se reputen propios, poniendo fin a la categoría de “gananciales anómalos”, calificación que merecieron bajo la legislación anterior los bienes comunes adquiridos por el inocente de la separación de hecho o por cualquiera de los esposos en los casos de separación personal o divorcio sin atribución de culpa.<sup>10</sup>

8 Arianna, Carlos “Régimen Patrimonial del Matrimonio”, edito. Astrea, Buenos Aires 2017, p. 255.

9 Zannoni, Eduardo “Momento en que se disuelve la comunidad de bienes en caso de divorcio”, en “Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética”, Directo Jorge C. Berbere Delgado, edit. Erreius, diciembre 2016 p. 7

10 Así se los calificó en razón que la separación de hecho no era causal de extinción de la comunidad pero a su vez se atribuían exclusivamente al adquirente inocente o bien a

7 C.N. Civ. en pleno, 29/9/1999, LL 1999-F-3

**2.- La separación judicial de bienes..** Según el primer párrafo del art. 480 en los casos de separación judicial de bienes, contemplados en el art. 477, la disolución de la comunidad se producirá el día de la notificación de la demanda; la hipótesis del día de la petición conjunta no resulta aplicable en este supuesto.

La previsión pone fin a la discusión suscitada bajo el régimen del código civil desde que el art. 1294 del código civil no establecía expresamente la fecha en que se consideraba disuelta la sociedad conyugal. Omisión que provocó diversas posturas<sup>11</sup>

Cuando la causal de separación judicial de bienes es la separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 477 inc. c) la solución resulta incoherente con el segundo párrafo del art. 480. En efecto, si la separación de hecho precedió al divorcio o a la nulidad del matrimonio la sentencia que extingue la comunidad es retroactiva al día de separación; en cambio, si se demandó la separación judicial de bienes, fundada en precisamente en la separación de hecho, la disolución de la comunidad operará el día de la notificación de la demanda.

Si la razón por la cual se excluye la ganancialidad luego de la separación de hecho es la falta colaboración de los cónyuges en las adquisiciones, carece de fundamento sostener respuestas distintas ante la misma situación. Corresponde entonces aplicar un criterio finalista en la interpretación de la norma y dar preeminencia a sus fines en armonía con el resto del ordenamiento jurídico. Y en esa inteligencia considerar que cuando el primer párrafo del art. 480 se refiere a la fecha de extinción de la comunidad en los casos de separación judicial de bienes, excluye a la separación de hecho, situación que quedará gobernada por el segundo párrafo.

#### **IV.- La disolución por muerte.**

La extinción de la comunidad por muerte de uno o ambos cónyuges siempre ha suscitado mayores dificultades que cuando se produce en vida. Es que en este supuesto se integran dos indivisiones, la postcomunitaria y la hereditaria, cuya naturaleza jurídica son discutibles. Y si bien el código civil y comercial ha avanzado bastante en regulación de la indivisión postcomunitaria subsisten discrepancias no saldadas definitivamente. Piénsese en la cuestión de

---

cualquiera de los cónyuges en los supuestos de divorcio sin atribución de culpas. En cambio los bienes gananciales adquiridos por el culpable no presentaban ninguna anomalía desde que dividían conforme la regla del art. 1315 del código civil,

<sup>11</sup> Confr. "Disolución de la sociedad conyugal", Arianna, Carlos A. en "Enciclopedia de Derecho de Familia".Edit. Universidad, Buenos Aires 1991, Tº , p. 870.

la responsabilidad por deudas frente a terceros en función de la discriminación que efectúa el art. 481, para identificar quizás la más relevante.

Volvamos el tema nos ocupa. Señalamos en la introducción que si la separación de hecho es anterior al fallecimiento podría dar lugar a dos soluciones posibles. Una consistiría en no otorgarle ningún efecto a la separación de hecho y en consecuencia la comunidad subsistirá hasta el mismo momento de la muerte o hasta el día presuntivo de fallecimiento (art. 476), ello con fundamento en que el código no contempla de modo expreso la incidencia del fin de la comunidad vida sobre el régimen de comunidad. La otra

extender la misma solución prevista para disolución en vida al supuesto de muerte, de suerte que ni el cónyuge supérstite ni los herederos del otro tendrán derecho a participar sobre los bienes adquiridos luego de la separación de hecho sin voluntad de unirse.

La primera fue acogida en un reciente precedente de la Sala I de la Cámara de Apelaciones de Santa Rosa de La Pampa que en cuestionable decisión admitió, por un lado, la falta de vocación hereditaria del cónyuge en virtud de la separación sin voluntad de unirse con arreglo al art. 2437, pero en cambio le reconoció el derecho a participar en los gananciales adquiridos por el causante luego del cese de la vida en común. Razonó el Tribunal *" Determinar si existía o no intención de continuar el proyecto de vida en común, como tal, puede tener ligamen a fin de resolver la exclusión hereditaria de la cónyuge de acuerdo a lo previsto por el art. 2437 del CCyC, pero en lo que interesa al régimen patrimonial basado en la comunidad de bienes y el eventual derecho a la cuota parte en los gananciales -tal la pretensión de la cónyuge supérstite- no tiene importancia, menos aun dirimente, sino que lo que debe analizarse es si el vínculo matrimonial al tiempo de su muerte estaba o no previamente disuelto (divorcio) y, por consiguiente, si subsistía o no la comunidad de bienes"*.<sup>12</sup>

Esta interpretación prescinde, a nuestro juicio, de un análisis sistemático y finalista de las normas en juego. En primer lugar no hay razón para aplicar una solución distinta si la extinción de la comunidad

---

<sup>12</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, Sala I "S.M.J. c. N.G.V. s/ ordinario", 29/9/21, TR La Ley AR/JUR/183409/2021, con nota crítica de Gabriel Bedrossian "Consecuencias de la separación de hecho en el régimen de comunidad frente al fallecimiento de uno de los cónyuges", TR LALEY AR/DOC/3512/2021.

operó en vida de los cónyuges o por causa de muerte, cuando estamos ante la misma situación de hecho. Si el fundamento por el cual se priva de la ganancialidad respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho es la ausencia absoluta de contribución de los cónyuges a la formación de ese haber, cualquiera fuere la causa de disolución de la comunidad la respuesta debe ser la misma, sin comunidad de vida no puede subsistir la comunidad de ganancias.

La tesis contraria desemboca en un contrasentido. Como señala Ferrer y Gulisasti *“Finalmente señalamos esta situación contradictoria: si hubiese mediado sentencia de divorcio en vida de los consortes, de acuerdo con el régimen vigente en ese momento, ninguno de ellos hubiese tenido derecho a los bienes adquiridos por el otro durante el período de la separación de hecho sin voluntad de unirse. La misma solución resulta del Código Civil y Comercial (arts. 475 y 480, 2º párr.). Sin embargo, habiendo fallecido uno de los cónyuges sin haber mediado sentencia de divorcio, los herederos de uno se beneficiarían con el bien adquirido por el otro durante la separación fáctica. Lo mismo sucedería a la inversa, si el adquirente durante ese período fuera el causante, el supérstite, que carece de vocación hereditaria por la separación de hecho definitiva, reclamaría la mitad que le corresponde por la disolución causada por muerte”*.<sup>13</sup>

La tesis contraria se nutre de un análisis de los textos legales puramente exegético; lo que la ley expresamente no dice no hay razón para suponerlo incluido en ella, lo cual aplicado al supuesto en análisis se traduciría del siguiente modo: si el art. 476 que regula la extinción de la comunidad por muerte no menciona a la separación de hecho sin voluntad de unirse no es posible deducirla. El método exegético se halla desde hace tiempo superado en la hermenéutica jurídica. La labor del intérprete debe trascender la letra de la ley y desentrañar su verdadero sentido. Señala Díez Picazo *“La exigencia ineludible de superación del literalismo puro procede de lo que podríamos llamar la inadecuación de la fórmula lingüística utilizada como vehículo de la norma. Esta inadecuación de la fórmula lingüística puede proceder de una defectuosa manera de dar expresión a la idea, o bien de la concordancia de la fórmula lingüística con las*

*experiencias acumuladas hasta ese momento o con los fenómenos estadísticamente habituales”*<sup>14</sup>

Para completar el cuadro hay que señalar otra incoherencia que identifica la doctrina<sup>15</sup>, y que evidencia el fallo que mencionamos supra, en tanto priva al cónyuge supérstite de la vocación hereditaria en razón de la separación de hecho con arreglo al art. 2437, pero no le otorga ningún efecto sobre el régimen de comunidad. ¿Por qué razón la sola subsistencia del vínculo conyugal al momento de la muerte no es suficiente para conservar la vocación hereditaria, y en cambio lo es para mantener la comunidad de bienes?. Para nosotros ninguna, porque en definitiva el motivo para privar al cónyuge de la vocación hereditaria cuando ha mediado separación de hecho es el mismo que para excluirlo de la comunidad, la ausencia de comunidad de vida o para nominarlo en los términos del código civil y comercial la extinción del proyecto de vida en común. En definitiva un matrimonio sin contenido.

No es posible escindir el art. 2437 del 480 del código civil y comercial, como tampoco antes de la reforma la doctrina postuló respecto del 1306 y 3575 del código civil, porque concurren los mismos fundamentos.

Una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en los términos del art. 2 debe conducir al mismo resultado: si medió separación de hecho sin voluntad de unirse el efecto es el mismo sea que la extinción de la comunidad operó en vida de los cónyuges o por muerte.

## **V. Naturaleza de los bienes adquiridos luego de la separación de hecho.**

En el régimen del código civil la calificación de los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho generó dos posiciones. Para un sector de la doctrina debían reputarse gananciales anómalos en tanto la separación de hecho no disolvía la entonces sociedad conyugal, pero esa anomalía solo podía aplicarse respecto de los adquiridos por el cónyuge inocente, o bien para ambos cónyuges en los supuestos de divorcio sin atribución de culpas o

13 Ferrer, Francisco A.M. y Guilisasti, Jorgelina “La separación de hecho como causal de disolución del régimen de comunidad”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 2020 (mayo), p. 20.

14 Díez Picazo, Luis “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, edit. Ariel, 3ª edición, p. 251/252

15 Ferrer-Gulisasti, obra cit.; Bedrossian, Gabriel, obra cit., entre otros

de mutua culpabilidad.<sup>16</sup> Otro se inclinó por calificarlos como propios<sup>17</sup>

Con la actual legislación, si la disolución opera en vida de los cónyuges no hay duda que deben calificarse como propios, pues la fecha de disolución de la comunidad se retrotraer al momento de la separación de hecho, salvo el excepcional supuesto de fraude o abuso del derecho (art. 480 y 477 inc. c del código civil y comercial). Y en cuanto al caso de muerte en tanto adherimos a la aplicación analógica de la extinción en vida por las razones expuestas también deben considerarse propios.

Conviene precisar que no todo bien adquirido luego de la separación de hecho será propio, pues si se adquiere con fondos anteriores al cese de la vida en común, sea por inversión o reinversión, por aplicación del principio de subrogación real se reputará ganancial (art. 465 inc. f). También los efectos de la separación de hecho se proyectarán en la faz pasiva de la comunidad, pues así como cesan las condiciones de ganancialidad respecto de las adquisiciones, también debe extinguirse el carácter común de las cargas establecidas en el art. 489 del código civil y comercial.

#### VI.- Acerca de la separación de hecho.-

Hemos apuntado que el código civil y comercial ha suprimido, entre otros, el derecho-deber de convivencia, cuestión que ha quedado alojada en la zona de reserva que garantiza el art. 19 de la Constitución Nacional, que impide al Estado intervenir en el ámbito personal e íntimo de las personas, en tanto no se viole el orden y la moral pública y buenas costumbres, el ordenamiento jurídico o perjudiquen a terceros. Subrayamos lo atinente a la moral y buenas costumbres para destacar que se trata de un concepto abierto que debe ser interpretado de acuerdo a la evolución de la sociedad.

Este principio constitucional está ligado estrechamente al derecho a la intimidad que ampara la autonomía de los individuos e integra sus costumbres, hábitos, relaciones familiares, creencias religiosas, y en general lo que hace al estilo de vida de una persona.

Esa es la clave con la que hay leer el art. 431 del código. Si un matrimonio decide convivir de modo permanente, esporádico o no convivir está dentro del diseño de plan de vida que elijan, así como mutarlo. Y si alguno de los cónyuges ya no acepte el modelo y la crisis no pueda resolverse por los propios esposos, quedará expedita la acción de divorcio.

El problema que plantea esta regulación del matrimonio se vincula con la separación de hecho sin voluntad de unirse a la cual el código le asigna efectos jurídicos, como aquí hemos visto en materia de del régimen de comunidad de ganancias y exclusión de la vocación hereditaria, pero que también se extiende en otros institutos del derecho de familia, tales como la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por vicios del consentimiento (art.425), el cese de la presunción de filiación matrimonial (art. 566) , la excepción a la regla que toda persona casada o en unión convivencial pueden adoptar si lo hacen conjuntamente (art. 603 inc. b) , entre otros.

Cierta doctrina afirma que toda la estructura del código parte de la premisa que los cónyuges convivirán y regula las consecuencias de la separación de hecho, pero no existe un tratamiento especial para los matrimonios que opten por no convivir. En la inteligencia de esta tesis si el matrimonio no convive no puede considerarse que media separación de hecho y por ende la extinción de comunidad se producirá siempre con la notificación de la demanda o petición conjunta conjunta y tampoco será posible la exclusión de la vocación hereditaria

Por nuestra parte no es necesario ni conveniente un estatuto diferenciado para regular los efectos del matrimonio o del divorcio según los cónyuges convivan, lo hagan parcialmente o no convivan. La cuestión nodal radica en cuál es la interpretación que le asignamos a la separación de hecho sin voluntad de unirse.

A tal fin es útil recordar que bajo el régimen anterior en relación a la separación de hecho como causal de divorcio y separación personal (arts. 204 y 214 inc. 2º) se planteó la cuestión si la residencia en el mismo inmueble, pese a que la vida en común hubiera cesado, configuraba la causal. Un sector mayoritario de la doctrina, a la cual adherimos, se pronunció por la afirmativa en razón que el elemento material que evidencia el quiebre de la convivencia se configura aun cuando los cónyuges vivan bajo el mismo techo, pues el deber de cohabitación importa

16 MÉNDEZ COSTA, María J. en MÉNDEZ COSTA — FERRER — D'ANTONIO, "Derecho de familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2008, t. II, ps. 112 y ss. Tavip, Gabriel "La ganancialidad anómala. Su aplicación a situaciones no contempladas expresamente", RDF 2006-III-75

17 GOWLAND, Alberto J., "Sociedad conyugal: calificación de los bienes adquiridos desde la separación de hecho hasta la sentencia en las causales objetivas de los arts. 204 y 213 inc. 2º del Cód. Civil", ED 185-374.

vida en común y no simple residencia en el mismo inmueble.<sup>18</sup>

Si la nueva regulación del matrimonio no impone el deber de cohabitación el elemento esencial que caracteriza la separación de hecho es la ausencia de vida en común sea que los cónyuges residan o no el mismo espacio físico. Cobra entonces relevancia el elemento afectivo o espiritual que integra el concepto de separación de hecho. Bien afirma Ignacio, *“Por ello, estoy persuadida, que la “separación de hecho sin voluntad de unirse” de hoy tiene un componente subjetivo muy especial que no puede soslayarse, y que está íntimamente vinculado al animus de sostener el proyecto de vida en común al que se comprometieron los esposos aunque no convivan”*<sup>19</sup>

Si de acuerdo al art. 431 hay comunidad de vida tanto si el matrimonio convive de modo permanente, parcialmente o no convive, habrá separación de hecho en cualquiera de las modalidades que los cónyuges hubiesen elegido cuando se haya producido el quiebre de la pareja conyugal sea de común acuerdo o por voluntad de uno.

Ello puede acarrear ciertas dificultades en orden a la prueba del cese de la vida en común, tanto en el supuesto que continúen habitando el mismo inmueble como en el caso que nunca hubiesen convivido. Pero estas dificultades en ningún caso pueden importar la abrogación de la separación de hecho sin voluntad de unirse para los matrimonios que hubieran optado por mantener residencias separadas, pues ello no surge de un análisis sistemático y finalista del nuevo diseño matrimonial.

Para concluir y partiendo del concepto elaborado por la doctrina bajo el régimen anterior, la separación de hecho sin voluntad de unirse puede definirse como la situación en que se encuentran los cónyuges,

quienes sin previa intervención judicial, ponen fin a la vida en común, sea por voluntad de uno o de ambos esposos.

<sup>18</sup> Vidal Taquini, Carlos H. “Matrimonio Civil. Ley 23.515, edit. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires 2000, p. 383; Mizrahi, Mauricio L. “Familia, Matrimonio y Divorcio”, edit. Astrea, Buenos Aires 1998, p. 313; Gutierrez, Delia “Separación de hecho y situación económica de los cónyuges. Un desafortunado fallo”, ED 154-486; Chechile, Ana María “La Separación de Hecho entre cónyuges en el Derecho Civil Argentino”, edit. Lexis Nexis, Provincia de Buenos Aires, 2006, p. 129; García de Ghiglino, Silvia “Un acertado fallo sobre la separación de hecho. ¿Qué significa cohabitar?”, RDF 2000-17-251, entre otros. En el mismo sentido C. N. Civ. Sala M, 14/4/2000, ED 189-34; Idem Sala E 19/4/2002, LL 2002-E-833; id. Sala J 10/10/2002, LL 2003-D-201.

<sup>19</sup> Ignacio, Graciela “El cese del proyecto de vida en común como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente. Exclusión de la vocación del cónyuge. Divorcio y separación de hecho. Matrimonios sin convivencia” DFyP 2016 (diciembre), 201 • RCCyC 2016 (diciembre), 95 • TR LALEY AR/DOC/3640/2016

# Sexualidad y personas con discapacidad intelectual

## Análisis en contexto de una ley sobre prácticas anticonceptivas

Por Juan Antonio Seda<sup>1</sup>

“Los barrocos amaban los equívocos. Calderón y otros como él elevaron el equívoco a metáfora del mundo...” “También yo hablo de equívocos, pero no creo amarlos; soy más bien propenso a descubrirlos”.

(Antonio Tabucchi, *Pequeños equívocos sin importancia*)

### Introducción: un tema delicado y con propensión al equívoco

El análisis jurídico requiere de la mayor precisión posible en el lenguaje, de manera de evitar equívocos por ambigüedad. También es importante reconocer la verdadera complejidad de los conflictos, para evitar las simplificaciones basadas en antinomias triviales. Con estos dos propósitos de claridad y transparencia, voy a iniciar con un planteo que me transmitió la madre de un joven con un trastorno del espectro autista: su hijo le expresó que desea estar más tiempo e intimar con su novia, que es una persona con discapacidad intelectual. Ambos jóvenes son mayores de edad y se conocieron hace cinco años en la escuela especial a la que concurrían. Este vínculo afectivo, que podríamos llamar noviazgo, perdura de manera estable, pero no se expresa de forma erótica. ¿Pueden o deben hacer algo los familiares de ambos novios? Para quienes no estén familiarizados con los trastornos del espectro autista o la discapacidad intelectual en general, hay que aclarar que se trata de condiciones que implican limitaciones funcionales en sus habilidades cognitivas, que afectan sus habilidades para la vida diaria<sup>2</sup>.

¿Qué clase de apoyos o asistencias podrían requerir las parejas compuestas por personas con discapacidad intelectual, para desarrollar un vínculo afectivo que incluya relaciones sexuales? ¿Cuál sería el rol de las familias en esos procesos vitales? ¿Podría el Estado asumir un rol activo de defensa de la autonomía de la persona con discapacidad intelectual contra las decisiones de los familiares? En este texto, me referiré a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, para analizar los alcances de una reciente ley argentina sobre este tema. En los países democráticos, con garantías individuales y respeto a los derechos humanos, se reconoce a cada individuo la posibilidad de elegir una pareja, optar por su orientación sexual, eventualmente formar una familia, tener hijos ya sea de manera natural o por la vía de tratamientos o de la adopción. Pero siempre, las decisiones dependen de la voluntad del individuo. ¿Cómo podemos evaluar las normas sobre la expresión de la voluntad, cuando nos hallamos ante personas que carecen de discernimiento?

En los últimos años, esta cuestión ha ganado interés en la agenda de los movimientos defensores de los derechos humanos. Sin embargo, hay que aclarar que no es un tema nuevo y que hay una gran cantidad de normas y recomendaciones en la materia. La armonización de esta clase de normas genéricas en el plano internacional, con las prescripciones del derecho de familia argentino, impone un complejo y estimulante desafío para la interpretación jurídica. Algunas explicaciones sobre el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, están atravesadas por un equívoco de origen. Es el de considerar que las restricciones para celebrar actos jurídicos, por carencia de discernimiento, constituyen un castigo discriminatorio. Esto, implícitamente, pone en crisis a la clásica noción de validez o nulidad de los actos jurídicos a partir de la existencia de la voluntad en la base de las decisiones. En la mayoría de los casos, esta clase de malentendido prospera y se repite mecánicamente, porque se desconocen los reales alcances de la discapacidad mental o intelectual<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (UBA). Abogado (UBA). Licenciado en Ciencias Antropológicas (UBA). Profesor Adjunto Regular de las asignaturas “Derecho de Familia y Sucesiones” y “Práctica Profesional” (UBA). Director de la Carrera de Especialización en Discapacidad y Derechos (UBA).

<sup>2</sup> La definición de discapacidad se toma del artículo 1º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por la República Argentina a través de la Ley N° 26.378). Pero hay que aclarar que muchas terminologías están en tensión permanente, a partir de los planteos de las asociaciones representativas de familiares. Así, se propone que en lugar de “trastornos”

hablemos de “condición” del espectro autista. Algunas posturas proponen que se hable de “neurodiversidad”

<sup>3</sup> Los equívocos pueden provenir de prejuicios o de generalizaciones apresuradas, tanto en su faz de sobreestimar algunas deficiencias como, por el contrario, en menospreciar el impacto que pueden tener en un individuo una condición mental patológica o una dificultad cognitiva estructural. Posiblemente, el peor de los equívocos sea creer que la discapacidad mental o intelectual no existe y que solamente se trata de una clasificación arbitraria que formula la sociedad moderna. El trato cotidiano con personas con discapacidad intelectual es revelador de las amplias posibilidades para la vida

Los organismos internacionales de derechos humanos se han propuesto crear conciencia a nivel global, con documentos y exhortaciones. Por ejemplo, un texto de la Organización Mundial de la Salud, de hace veinte años, refiere a la salud sexual y reproductiva en general. El cuadernillo “*Definiendo la salud sexual: reporte de la consulta técnica en salud sexual*” explicita nociones que ya tenían vigencia, pero enfatiza que también rigen para las personas con discapacidad intelectual: libertad sexual, autonomía y seguridad en materia sexual, privacidad, equidad, derecho al placer, a la expresión sexual y emocional, a la asociación, a la libre toma de decisiones reproductivas, a la información basada en el conocimiento científico, a la educación sexual integral<sup>4</sup>.

Estos documentos internacionales proponen, a modo de sugerencia, una serie de medidas genéricas. Así, sugieren lanzar planes de divulgación de actitudes preventivas, a través de los medios masivos de difusión y las redes sociales, desarrollar programas de formación en salud sexual y reproductiva, métodos anticonceptivos y prevención de enfermedades de transmisión sexual. Las políticas públicas de cada país dependen de las decisiones de sus respectivas legislaciones y de la aplicación de los reglamentos por parte de los funcionarios, en los distintos niveles de gestión. Claro que nada de esto sirve realmente, si no participan las familias. El Estado no es suficiente para dar soluciones, ni siquiera es el actor principal de las transformaciones sociales.

En consonancia con el documento mencionado, se expresa el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>5</sup>. En este tratado internacional de derechos humanos también se destacan principios como la autoestima, el respeto, la autonomía en las decisiones, los cuidados ante posibles enfermedades y embarazos no deseados. En ambos textos hay que destacar un criterio central a tener en cuenta: se recomienda que

---

social, lo cual no significa que no exista la limitación funcional (Seda, J. “*Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica de la Colonia Montes de Oca*, Noveduc, Buenos Aires, 2011).

<sup>4</sup> Disponible *on line*: [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual\\_health/defining\\_sh/en/](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sh/en/)

<sup>5</sup> Si bien este tratado internacional de derechos humanos es totalmente operativo en el derecho argentino, muchos de sus enunciados son un poco ambiguos y requieren de una intensa interpretación. Esto no quita que la Convención mantiene un enorme valor en lo político y simbólico, por la constitución identitaria de un importante colectivo de seres humanos a nivel global (Seda, J. “*Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Jusbaire, Buenos Aires, 2017).

los métodos anticonceptivos nunca surjan de una imposición. He aquí un desafío bioético, en cuanto a determinar cuándo y cómo se expresa la voluntad de una persona con discapacidad mental o intelectual.

### Ley sobre prácticas quirúrgicas anticonceptivas

Veremos a continuación la dificultad para trasladar principios generales a prescripciones concretas, que logren los resultados deseados en la vida social. En la República Argentina se sancionó recientemente una norma cuyo propósito es reforzar la idea del derecho a las prácticas quirúrgicas sobre el propio cuerpo, vinculadas al ejercicio de la sexualidad, por parte de las personas con discapacidad mental o intelectual. Si bien ya existía esa norma en términos generales, con esta nueva se enfatiza que esas prácticas quirúrgicas son aplicables a personas con discapacidad mental o intelectual. Se trata de la Ley N° 27.655, publicada en el Boletín Oficial el día 24 de diciembre de 2021. Es una ley que no trae nuevos preceptos, sino que intenta aclarar el alcance de algunos derechos reconocidos en la Ley N° 26.130<sup>6</sup>. Se refiere expresamente al acceso a prácticas quirúrgicas con objetivos anticonceptivos para las personas que tengan padecimientos mentales o limitaciones cognitivas.

El artículo segundo de la Ley N° 26.130 (aquella del año 2006), incluía a las personas con discapacidad mental o intelectual, aunque no se utilizara esta terminología. Hubiera sido ostensiblemente discriminatorio que se excluyera, sin motivo, a un grupo de la población que también tiene derecho a una vida sexual plena. Lo que sí requería para ese acceso a las prácticas quirúrgicas, es que hubiera un acompañamiento a través de un representante y también una autorización judicial. En la redacción original de la ley, se exigía que aquella persona a ser intervenida quirúrgicamente para la implantación de métodos anticonceptivos, fuera adulta y capaz. Si tenía una restricción a su capacidad de ejercicio, entonces requería de representación y autorización judicial. Con la reforma introducida por la Ley N° 27.655, esa condición fue eliminada. ¿Acaso aquel recaudo previo era una limitación desproporcionada? Se trata, finalmente, de cómo pueden tomar decisiones, aquellos individuos

---

<sup>6</sup> Son cuestionables algunas de sus prescripciones, en cuanto a la competencia del legislador nacional para dictar normas en materias que no fueron delegadas por las provincias a la Nación, en los términos del artículo 121 de la Constitución Nacional. Sin embargo, esas consideraciones exceden el objeto de este breve artículo.

que carecen de completo discernimiento, sin que se limite el derecho al ejercicio de su potencialidad vital.

La potestad de recurrir a una forma segura y permanente de prevención de embarazos, en realidad, nunca estuvo en discusión en la República Argentina. Forma parte del derecho a la intimidad de cada habitante de la Nación, así como también al cuidado de su propia salud y de su planificación familiar. Lo que prometen estas nuevas leyes, a modo de novedad, es fomentar programas estatales que ofrezcan gratuitamente ese servicio (en aquellas provincias que adhieran a la norma nacional). También incursionan en la mención de tratamientos médicos específicos, con el riesgo de dejar rápidamente desactualizados los términos técnicos<sup>7</sup>. En otro párrafo de esta nueva ley, se menciona que las personas tendrán derecho a la información objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible y actualizada. Muchas de los preceptos son redundantes, porque ya estaban reconocidos en el artículo 2º de la Ley Nº 26.529, conocida como ley sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. ¿Tiene realmente sentido la reiteración en diferentes leyes de aquellas prescripciones que ya tienen vigencia?

Otro defecto de redacción de la Ley Nº 27.655 es la amplitud y vaguedad con la que se refiere al segmento de la población al cual se dirige. Así, esta norma menciona genéricamente a las personas con discapacidad, cuando esta amplísima categoría abarca muchas situaciones disímiles entre sí. De allí que una persona con discapacidad motriz podría sentirse, con toda razón, incluida en estas prescripciones aun cuando no tenga ningún motivo para requerir apoyos para brindar su consentimiento informado. De igual forma, una persona con discapacidad sensorial. ¿Cuál es entonces la justificación para hacer una referencia tan elusiva a las personas con discapacidad mental o intelectual? Es posible que sea una manera para presentar unificadamente al colectivo, un recurso que también utiliza el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En tal caso, queda la duda acerca de por qué la legislación debiera continuar con un estilo discursivo que tiene otras características, propias de la función emotiva

<sup>7</sup> ¿Puede el Congreso de la Nación fungir como organismo técnico en ciencias médicas? El legislador suele asumir un rol exorbitante de especialista en distintas ciencias, algo que no parece prudente ni recomendable en cuanto a técnica legislativa, porque las ciencias avanzan a otra velocidad que los parlamentos. Así, las normas refieren a prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía”, que aún pueden utilizarse como método de planificación familiar y/o anticoncepción, pero que ya no son las únicas alternativas.

del lenguaje<sup>8</sup>. En cambio, las normas formales necesitan de la mayor precisión posible para su correcta interpretación.

Para acceder a estos tratamientos, la ley exige que se preste el consentimiento informado. ¿Pero cómo podría expresar su voluntad una persona sin discernimiento? Este tema estaba resuelto en la Ley Nº 26.130, a través de la intervención del representante o apoyo, que acompañaba en el pedido y también se requería de la autorización judicial. En los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, podríamos considerar que allí se condensaban un conjunto de apoyos y salvaguardas. Sin embargo, en esta nueva norma se da marcha atrás con ese acompañamiento y expresamente se aclara que “en ningún caso se requiere autorización judicial”. ¿Cómo se evaluaría si existe este discernimiento en una persona con discapacidad mental o intelectual? Una interpretación posible es que se entienda al consentimiento informado como una mera manifestación de preferencias, sin profundizar demasiado en torno a la cabal comprensión de las consecuencias. Por supuesto que esto no obsta a que se desarrolle previamente a esa expresión de deseos, una explicación detallada de las opciones, en los términos más apropiado para esa persona.

El propósito de esta ley es evitar obstáculos y dilaciones en el acceso a las prácticas quirúrgicas anticonceptivas. Para ello, el legislador optó por hacer más fácil, rápido y directo el acceso a los tratamientos médicos. Así, ahora prescinde del procedimiento de la autorización judicial. Se trata de un cambio de criterio, que busca promover la autonomía de las personas con discapacidad mental e intelectual. No faltarán quienes traten de ver en esta norma una manifestación del místico “nuevo paradigma” o “nuevo modelo” en materia de discapacidad<sup>9</sup>. Si bien hay aquí una modificación que podrá evaluarse en su acierto o error, no es una transformación de magnitud significativa. Tampoco deberíamos asumir necesariamente que esto va a modificar la situación de dependencia fáctica de una

<sup>8</sup> Copi, I., “*Introducción a la lógica*”, Eudeba, Buenos Aires, 1964.

<sup>9</sup> Es curioso que quienes se asumen como militantes de un supuesto “nuevo modelo” o “nuevo paradigma”, creen que hay una transformación radical al cambiar la denominación de incapacidad o inhabilitación por la de restricción de la capacidad. No es difícil notar que se trata de una diferencia de género y especie, ya que tanto la incapacidad o la inhabilitación son precisamente, restricciones a la capacidad de ejercicio. Esto no significa ignorar que el Código Civil y Comercial introdujo cambios en el proceso, pero sí es un llamado de atención para quienes exageran su entusiasmo, como si estuvieran desarrollando cambios revolucionarios.

persona con discapacidad intelectual con respecto a su familia, ya que esto varía según cada caso. La generalización apresurada constituye un grave riesgo, no se deben dar por sentadas las condiciones de cada individuo, porque cada caso es diferente a otro.

### La falta de salud mental como impedimento matrimonial

Cada individuo tiene derecho de hacer lo que quiera con su vida privada, mientras no viole la ley, ni interfiera con los derechos de terceros. Esta es una garantía que surge del artículo 19 de la Constitución Nacional y aplica a todos los habitantes de la Nación, sin necesidad de aclarar que incluye a cada segmento poblacional. El énfasis que se produce con la reiteración de la misma prescripción y el agregado de la referencia a las personas con discapacidad, confunde más de lo que aclara. Ante una lectura inexperta o distraída, podría llevar a dar la falsa impresión de novedad legislativa que, llevada al paroxismo, se presenta como un “cambio de modelo” o “cambio de paradigma”. Ambos términos suelen quedar equiparados, en el discurso activista, como si fueran sinónimos. Pero solamente indican la adhesión a una especie de valoración moral o ideológica. Así surgen equívocos en esta materia, que luego se consolidan con la reiteración casi religiosa, a modo de infaltables latiguillos.

Los actos jurídicos requieren, para su validez, de la expresión del consentimiento de los individuos que intervienen. Así como hemos referido antes al consentimiento para intervenciones quirúrgicas sobre el propio cuerpo, vale la pena analizar otra forma de resolver la cuestión del consentimiento en materia de derechos personales. Analicemos brevemente la solución que ha encontrado el legislador argentino a través del Código Civil y Comercial, para la celebración del matrimonio de personas con discapacidad mental o intelectual<sup>10</sup>. Entre los impedimentos para contraer matrimonio, se menciona en el inciso g) del artículo 403 a “la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto

matrimonial.” Esta limitación a contraer matrimonio es coherente con el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige como requisito el consentimiento libre y pleno, antigua fórmula del Código Civil argentino.

¿Entonces, no podrían casarse las personas con discapacidad mental o intelectual? La legislación argentina ha encontrado una respuesta práctica para que sí puedan hacerlo. Tal solución consiste en una dispensa judicial. Esta clase de permiso, otorgado por los magistrados, surge del artículo 405 del Código Civil y Comercial. Este precepto contiene las indicaciones necesarias sobre cómo tramitar la dispensa. Se necesitará elaborar un dictamen técnico, a cargo de un equipo interdisciplinario, donde se analice el grado de comprensión de las consecuencias de contraer matrimonio. El entendimiento por parte del contrayente debe ser el básico y la indagación en el proceso de dispensa debería respetar la intimidad de los potenciales contrayentes.

También el artículo 405 dice que se analizará “la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada”, un concepto complejo y mucho más delicado, porque se asoma a un aspecto objetivo, evaluado externamente. ¿Quién determina cómo sería una “*aptitud para la vida de relación*”? En una interpretación de intervención mínima, esto podría referir a comprender normas básicas de la convivencia matrimonial. Si fuera este el caso, no era necesario agregarlo porque queda comprendido en el requisito previo, de comprensión sobre las consecuencias del matrimonio. Luego del dictamen, se realizará una entrevista personal del juez con los contrayentes y, eventualmente, con sus apoyos<sup>11</sup>.

En esta solución concreta que brinda el Código Civil y Comercial, se mantiene la noción de discernimiento y su exigencia para la celebración del acto jurídico matrimonial. En el caso de una duda sobre el impedimento de “falta de razón”, se pueden implementar procedimientos personalizados para indagar acerca del grado de comprensión específico de esa persona. Eso parece una precaución razonable, que puede evitar arbitrariedades. ¿Por qué no reconocer que puede existir un discernimiento específico para distintas decisiones? No es lo mismo contraer matrimonio, que celebrar un contrato para adquirir un bien inmueble. Esta particularidad siempre ha marcado el debate acerca

<sup>10</sup> El Código Civil y Comercial argentino paradójicamente casi no utiliza el término “persona con discapacidad”, a pesar de su insistencia retórica en una “novedosa” constitucionalización del derecho privado. Solamente se menciona el término persona con discapacidad en los artículos 48 y 2448, pero inclusive se le da una definición *ad hoc*, ignorando abiertamente a la que surge de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A pesar de estos errores, la solución práctica brindada en el artículo 405 constituye un acierto del Código Civil y Comercial (Seda, J. *Manual de derecho de familia*, Jusbairens, Buenos Aires, 2018).

<sup>11</sup> Este encuentro personal es análogo al del proceso de restricción de la capacidad de ejercicio, dispuesto en el artículo 35 del Código Civil y Comercial y se funda en ese principio tan amplio como difuso, denominado por nuestros legisladores como “inmediatez con el interesado”.

del consentimiento para celebrar el acto jurídico matrimonial, por lo cual la solución es parsimoniosa y no ha recibido fuertes críticas hasta ahora. Tampoco se le ha dado el reconocimiento que merece, quizás porque es una respuesta legal prudente y que no se presenta con una retórica épica.

Ahora bien, el proceso de dispensa mencionado no evita otros interrogantes que pueden surgir y deberán buscarse soluciones acordes con cada situación. Como ya se ha resaltado varias veces, cada ser humano es distinto y esta singularidad subjetiva debe aplicarse también a las personas con discapacidad intelectual ¿Qué pasa entonces con aquellos que no acceden al lenguaje? ¿O las discapacidades severas? Explicar con simpleza puede ser un método confiable en algunos casos, pero no siempre la persona con discapacidad va a lograr comprender la compleja trama de responsabilidades sociales en materia familiar. De allí que sería recomendable que los estudios preliminares, para el otorgamiento de la dispensa, consideren especialmente la escucha del grupo familiar continente de esas personas con discapacidad intelectual.

La planificación familiar también es un tema delicado, aunque de indispensable evaluación. El derecho a tener hijos va asociado a la responsabilidad que acarrearán los necesarios cuidados parentales. Esta otra cara del derecho al ejercicio pleno de la sexualidad. La crianza de los hijos de personas con discapacidad intelectual suele afectar a todo el entorno familiar, ya que se distribuyen aquellas tareas que los progenitores no están en condiciones de afrontar por sí mismos. Estos apoyos deben ser proporcionados, o sea, un complemento de la labor de los progenitores y no deberían llegar al límite de la sustitución<sup>12</sup>.

Finalmente, el matrimonio no es la única forma de entablar un proyecto afectivo entre dos seres humanos. Iniciamos el texto hablando de los noviazgos y la necesidad de asumir la autonomía de aquellos adultos que carecen, a causa de su discapacidad intelectual, de herramientas cognitivas y actitudinales para procesar deseos afectivos y sexuales. Los apoyos que brindarán las familias serán variables y si bien el Estado puede proponer pautas generales, sería absurdo creer que todo se

resolverá con normas formales. Por eso es tan trascendente el límite que la Constitución Nacional impone a la intervención estatal en la vida personal y familiar, en síntesis, en toda la esfera de la intimidad psico-afectiva de un ser humano.

### **Cierre: intentar un giro laico en el místico y equívoco campo de la discapacidad**

Nunca estuvo en discusión que las personas con discapacidad mental o intelectual no pudieran acceder a esas prácticas quirúrgicas, ni tampoco a tratamientos sucedáneos. Lo que estaba en debate y aún continúa en controversia es cuál es el mecanismo para tomar una decisión y expresarla. Para ello, es necesario asumir como premisa, que existen seres humanos sin discernimiento, o sea, que pueden no comprender la relación causal entre un acto y sus consecuencias en esta materia. Las prácticas quirúrgicas sobre el propio cuerpo, con fines anticonceptivos seguros y de larga duración (algunos llegan a ser permanentes), requieren de un consentimiento informado.

Desde la sanción de la Ley N° 26.130 en el año 2006, hasta la actualidad, se desarrollaron diversos avances en las ciencias médicas, en tratamientos y métodos anticonceptivos. También hubo una gran cantidad de modificaciones legislativas, por ejemplo, la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Pero, sobre todo, hay transformaciones en las costumbres, los hábitos sociales se modifican y eso produce que algunas demandas emerjan y formen parte de la agenda jurídica contemporánea. En parte, eso sucede con los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad mental o intelectual, que ya existían, pero ahora adquieren mayor notoriedad y difusión.

Con la nueva ley, el trámite para estos tratamientos, que se realiza en el sistema sanitario, es más directo. Así se gana en simpleza y celeridad. En los casos en los cuales no hay controversias acerca de la decisión tomada, esto es una forma de agilizar un pedido que no necesita ser engorroso. Las dudas comienzan cuando esta resolución encuentra posiciones diferentes en el seno familiar. He aquí la mayor proporción de conflictos que suelen suscitarse, por diferentes causas, ya sea la tendencia a infantilizar a sus integrantes con discapacidad intelectual u otro motivo que válidamente podrían esgrimir los familiares<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En textos anteriores he planteado el desafío que se presenta en los procesos judiciales de adopción, cuando la madre es una persona con discapacidad intelectual (Seda, J. "Nacidos para la adopción: hijos de personas con discapacidad intelectual y mental", Revista Inclusiones, vol. 1, n. 3 - julio / septiembre 2014, Universidad de Los Lagos, Santiago de Chile, disponible en <http://www.revistainclusiones.cl/vol-1---num-3.html>.)

<sup>13</sup> La sobreprotección tiránica en algunos casos puede llevar a evitar que personas adultas, pero en condición de dependencia por causa de su discapacidad intelectual,

Las deficiencias cognitivas y los padecimientos mentales producen una serie de limitaciones en la funcionalidad de un individuo, lo cual puede dificultar o impedir que éste logre discernir las consecuencias de terminados actos. Recordemos que nuestro sistema jurídico, al igual que la mayoría del de los estados democráticos contemporáneos, están basados en la premisa de constituir al individuo como un centro de imputación normativa. Cada quien es un sujeto de derecho, por definición, es un atributo de cualquier ser humano. De allí que resulte absurdo que se exponga que las personas con discapacidad alcanzaron su condición de sujetos de derecho con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Otro sesgo que da lugar al equívoco surge de la ambigüedad de referir a todas las personas con discapacidad, cuando claramente las disposiciones que surgen de este artículo están referidas a quienes tienen problemas mentales o intelectuales, debido a su dificultad para expresar su voluntad. Vemos un patrón en común en muchos textos de organismos internacionales de derechos humanos, en consonancia con el discurso enarbolado, establecido y canonizado por las más influyentes organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

La carencia de precisión en el lenguaje jurídico produce malos entendidos. Aunque esté motivada en buenas intenciones y en la cortesía, constituye un elemento de incertidumbre en la interpretación. Estos equívocos a veces provienen de los propios organismos internacionales de derechos humanos, muy influenciados por el discurso militante de las asociaciones. Hay una especie de eufemismo cuando se usa el término genérico “persona con discapacidad” para referir solamente a un subconjunto, específico, de todo ese amplio colectivo. Los rodeos con las palabras pueden evitar dañar la susceptibilidad en algunas situaciones, pero no es este caso, donde además es fundamental entender cuál es el problema en la funcionalidad del individuo para comprender las normas. No debería existir ninguna clase de pudor para hacer referencia a ese conjunto de personas, que tiene distintas dificultades en su funcionalidad en el aspecto mental o cognitivo. ¿Por qué entonces las normas hacen mención a todas las personas con discapacidad en términos genéricos?

Entre los equívocos en esta materia, también debemos señalar como uno de los más evidentes el

de desmembrar al consentimiento de la voluntad y, por lo tanto, del discernimiento. El hecho de agregar el adjetivo “informado” no cambia la naturaleza sobre qué es el consentimiento, la expresión de la voluntad de una persona. Las limitaciones o restricciones para el ejercicio de la capacidad jurídica, se fundan justamente en la validez o nulidad de los actos jurídicos. En nuestro sistema constitucional, no se puede restringir la capacidad jurídica de nadie. No podría suceder porque se trata de un atributo de la persona humana, intrínseco a todo individuo. Lo que sí se restringe es el ejercicio de esa capacidad, justamente para evitar malos entendidos o, directamente, abusos patrimoniales sobre quienes se hallan en condición de vulnerabilidad o desventaja por su limitación cognitiva<sup>14</sup>.

La carencia de una terminología concreta y precisa suele dar lugar a equívocos y malos entendidos en la interpretación de la ley. La distinción entre la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio de esa misma personalidad jurídica es uno de los temas controversiales en el diálogo entre el pensamiento civilista y algunas asociaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad mental o intelectual. No se trata solamente de disquisiciones teóricas, sino que de la dilucidación de este concepto surgirán consecuencias lógicas. Los estudios en discapacidad necesitan un giro laico, para interpretar correctamente un fenómeno complejo. El pensamiento crítico, expresado en la argumentación jurídica, puede convivir y dialogar con la mirada emotiva y el discurso combativo de la militancia. Lo que sería deseable es que este intercambio sea transparente y que se eviten, en la medida de lo posible, los equívocos.

---

entablen vínculos afectivos íntimos, por temor a embarazos no deseados (Seda, J. “*Familia y apoyos. Perspectivas antropológicas y jurídicas sobre los apoyos a las personas con discapacidad intelectual*”, Eudeba, 2021)

---

<sup>14</sup> La tarea de cada familia es distinta, lo cual no significa que las normas puedan buscar los mayores márgenes de autonomía posible para las personas con discapacidad (Seda, J. “Familias y apoyos a personas con discapacidad intelectual” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 45, número 101, 2020-II, Buenos Aires).

# **La Infancia que Trabaja, de la abolición a la legitimación. Análisis de la Legislación Nacional e Internacional con perspectiva de Infancia y perspectiva de género**

(Editores del Sur)

*Por Elena Mendoza<sup>1</sup>*

En la obra “La Infancia que Trabaja, de la abolición a la legitimación. Análisis de la Legislación Nacional e Internacional con perspectiva de Infancia y perspectiva de Género”, abordo el problema del trabajo de niñas, niños y adolescentes con mirada crítica sobre legislación. Y desarrollo lo que considero una tercera posición que surge de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que llamo: Utilitaria – Pragmática, que se suma a las dos posiciones clásicas sobre el tema como es la: abolicionista (Argentina) y la que permite y regula el trabajo de niños desde muy corta edad, como el Estado Plurinacional de Bolivia.

El libro está dirigido a los profesionales de las ciencias sociales en general y tiene por finalidad visibilizar el problema del trabajo de niños y niñas como consecuencia de diversos factores, siendo la desigualdad el de mayor gravitación, sobre todo, en los países de la región.

El trabajo infantil existió en la República Argentina desde principios del siglo XX. Los y las niñas que trabajaban en las calles de Buenos Aires pertenecían los sectores pobres de la sociedad, generalmente hijos e hijas de inmigrantes.

El primer censo que se realizó en la Ciudad de Buenos Aires en 1904, daba cuenta de la existencia de mano de obra infantil tanto en el sector comercial como industrial, en la construcción, la alimentación, en el servicio doméstico, en la calle como vendedores ambulantes, como dependientes en el comercio, pidiendo limosna, como mensajeros, vendiendo diarios o como lustradores de zapatos; también en el campo en el sector azucarero, en la explotación del tanino, en la cosecha de tabaco y en

los yerbatales. La edad de los niños y niñas oscilaba entre los 9 y 10 años y se encontraba atravesada por la diferencia sexual, a las niñas se les adicionaba la condena moral en asociación directa con el trabajo sexual.

El primer informe sobre el TI lo realiza Bialek Massé por encargo de Julio Argentino Roca. El informe pone al descubierto las secuelas físicas que provoca el trabajo de niñas y niños en el interior del país, la precariedad en las condiciones de trabajo y los bajos salarios, siendo el salario de las niñas menor al de los varones. Esto motivó al poder legislativo a presentar un proyecto de ley nacional del trabajo el 6 de mayo de 1904. El Proyecto no prosperó, pero significó un primer intento de plasmar en ley los derechos de los trabajadores, entre ellos mujeres y niños.

## **Legislación internacional y nacional**

La Organización Internacional del trabajo (OIT) adopto el Convenio 138 sobre edad mínima de admisión al empleo en el año 1973. El objetivo es seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores (art.1) Y el Convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil en 1999 cuya finalidad es, conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia. Entre ellas todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Los convenios fueron ratificados por el Estado Argentino. En cuanto a la edad mínima el convenio 138 la fija en quince años. El estado cumpliendo el objetivo indicado en el artículo primero la elevó a los 16 años, por debajo de esta edad el TI está prohibido

<sup>1</sup> Abogada, Especialista en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA; Magíster en Diseño y Gestión de Políticas y Programas Sociales, FLACSO. Docente universitaria en el área de Derecho de Familia y de las Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA.

(ley 26.390 modifica la ley de Contrato de Trabajo 20.744)

El TI es abordado por las diferentes ramas del derecho, tanto público como privado. El Código Civil y Comercial de la Nación en el Título VII referido a la Responsabilidad parental, Capítulo 8 "Representación, Disposición y Administración de los bienes de los hijos menores de edad", alude a las leyes que regulan el TI, en el caso del contrato por servicios del hijo menor de dieciséis años (art. 681); contratos realizados por hijo mayor de dieciséis años (art.682) y presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años (art. 683)

El código Penal de la Nación legisla el TI como delito: 148: bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

La legislación laboral lo regula, como dije anteriormente en la ley 26.390 sobre prohibición del TI y protección del trabajo adolescente que modifica la ley de Contrato de Trabajo 20.744; en la ley 25.013 de Contrato de Aprendizaje, en la ley 26.844 Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares y en la ley 22.248 sobre Trabajo Infantil Agrario.

Del mismo modo lo hacen las leyes de protección integral de niñas, niños y adolescentes como la ley de la ciudad Autónoma de Buenos Aires 114 y la ley nacional 26.061.

### **Concepto de trabajo infantil. Consecuencia para la salud de los niños y niñas.**

Se considera TI toda actividad que implique la participación de niñas, niños y adolescentes en tareas independientemente de la relación de dependencia laboral que tenga el niño o el tipo de prestación que realice. También se considera TI la actividad que impida el acceso, la permanencia y rendimiento aceptable del niño en la escuela, o el que se lleva a cabo en ambientes peligrosos, que tenga efectos negativos inmediatos o futuros, o las actividades que se llevan a cabo en condiciones que afecten su desarrollo psicológico, físico, moral o social.

EL TI, es una actividad que daña la salud física y psíquica del niño. La Convención de los Derechos del Niño compromete a los Estados a proteger a el niño contra toda forma de explotación. Y requiere que se fijen edades mínimas para trabajar, que se

reglamente los horarios y condiciones de trabajo y que se disponga de sanciones adecuadas para el caso de violación de la disposición (art.32).

A nivel regional los países buscan solucionar el flagelo del TI. En los programas y declaraciones firmadas en el marco del mercado común asumieron el compromiso de armonizar la legislación, crear programas y políticas para la erradicación del trabajo de niñas y niños, impulsar el desarrollo económico y social, fortalecer los planes nacionales y la cooperación entre los países miembros.

De los documentos firmados por los países integrantes de Mercosur surge el compromiso regional de prevenir, erradicar y combatir las peores formas del TI. Erradicar el TI como meta de máxima es una tarea difícil de alcanzar. Todas y todos sabemos que el TI podrá ser mitigado, pero no erradicado.

La causa principal del TI, no la única, pero si la que determina su existencia, es la desigualdad estructural sobre todo en los países de nuestra región, África y Asia. La herramienta más eficaz para mitigar el problema social del TI son las políticas destinadas a la protección de la infancia como el caso de la Asignación Universal por hijo (AUH). Está demostrado que los hogares que reciben la asignación presentan una menor tasa de TI de aquellos que no la reciben. También se advierte que la tasa disminuye en mayor medida en los niños que son los que realizan tareas para el mercado, mientras las niñas en su mayoría realizan tareas domésticas de asistencia y cuidado.

En el cierre del libro considero que los convenios deberían revisarse. El 138 entró en vigor en 1976, cuando el paradigma de infancia era diferente. En el Convenio 182 se deberían incorporar las nuevas peores formas de trabajo infantil como el trabajo infantil doméstico, o las Maras de El Salvador (reclutamiento de niños para cometer delitos) También que los convenios deberían ser incorporados a la Constitución Nacional, con el fin de conformar el bloque Constitucional-Convencional.

## **Información Institucional**

**Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia**

Dra. Lidia Beatriz Hernández

**Director de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia**

Dr. Luis Ugarte

**Subdirector de la Carrera de Especialización y de la Maestría en  
Derecho de Familia Infancia y Adolescencia**

Dr. Néstor Solari

**Coordinador de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia**

Mg. Sebastián Fortuna

**Coordinador de la Carrera de Especialización**

Dr. Roberto Campos

### **Publicación y edición:**

Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Carrera de Especialización en Derecho de Familia

Departamento de Posgrado - Facultad de Derecho - UBA

Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, 2do piso, C1425, CABA

Mail: [cedfamilia@derecho.uba.ar](mailto:cedfamilia@derecho.uba.ar) / TEL: (5411) 5287-6787

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/bodfys/>

**ISSN 2718- 868X**