

**Mariano C.
OTERO**

Manual de Derecho de Familia

-
- Desarrollo de la materia conforme a los contenidos de los programas de estudio
 - Actualizado conforme a la ley 26.994 -Código Civil y Comercial de la Nación-
 - Incluye el articulado pertinente del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y Jurisprudencia actualizada
-



Editorial Estudio

INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ha entrado en vigencia el 1° de agosto de 2015, generando importantísimos cambios en todas las áreas, pero principalmente en el derecho de familia.

Ello representa la necesidad de adaptación a la nueva normativa, no sólo de los abogados sino de los planes de estudio en las universidades. Sin lugar a dudas, que me hayan elegido para esta obra me llena de orgullo.

El presente manual está destinado al tratamiento de todas las cuestiones relativas al derecho de familia, o de las familias, ante el expreso reconocimiento de nuevas formas de familia.

En especial, se tratan las distintas normas contenidas en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación, pero también las relativas a la representación y asistencia del Libro Primero del mencionado cuerpo de normas.

En ambos casos, el temario sigue prácticamente el orden resultante del nuevo Código para facilitar la ubicación de los temas.

También se incluye lo relativo a la violencia familiar, pues es una temática incluida en las distintas cátedras de la materia y porque también corresponde su tratamiento en los juzgados con competencia exclusiva en asuntos de familia.

Para facilitar la comprensión de los temas desarrollados, no sólo se los ubicó de acuerdo al orden lógico resultante del CCCN, sino que también se aportan a lo largo de toda la obra ejemplos de cómo cada instituto se aplica en la práctica, o supuestos que se puedan plantear, aportando un abanico de posibilidades para beneficio del lector.

De esta manera, este manual no sólo le servirá al estudiante de derecho, sino que bien puede ser consultado por los abogados, para encontrar en este espacio herramientas para enfrentar los litigios o posibles litigios que se les presenten.

Por todas estas cuestiones, entiendo que este libro representa una eficaz herramienta de consulta y anhelo que este material sea del agrado del lector y que cumpla con las expectativas generadas.

MARIANO C. OTERO

AUTOR

CAPÍTULO I CONCEPTOS GENERALES

1. CONCEPTOS Y GENERALIDADES

1.1. Concepto de familia

La familia es la base de la sociedad; por ende, necesita de la más amplia protección y ayuda, y así surge como objetivo fundamental en los Pactos y Convenciones internacionales referidos a la materia.

Distintas definiciones pueden darse sobre la familia, dependiendo del ámbito desde el que se la analice, y principalmente de los sujetos que la conforman.

Por ejemplo, en el Diccionario de la Real Academia Española, entre otras definiciones, se entiende por familia al “*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*”, o al “*conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*”, o a los “*hijos o descendencia*”.

En algunas leyes pueden encontrarse definiciones del término “familia”. Por ejemplo, en el art. 36 de la derogada ley 14.394 se dejó expuesto que “*A los fines de esta ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente*”.

En el derogado Código Civil también había una referencia al concepto de familia al tratarse el derecho real de uso y habitación (art. 2953), al sostener que “*la familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos*”.

La Convención sobre los Derechos del Niño define a la familia como “*grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños*” (ver Preámbulo).

En el Pacto de San José de Costa Rica, se establece en el art. 17 que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*” y “*se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*”.

En el ámbito de la doctrina, Sambrizzi entiende que la familia es la institución que tiene su basamento en la naturaleza, formada por personas vinculadas

entre sí por la unión intersexual y la filiación, cuya finalidad es, por medio de la asistencia y la cooperación, así como por la transmisión de los valores morales y religiosos, la de procurar a todos sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales¹.

Para Bossert y Zannoni, desde la perspectiva jurídica es posible señalar dos conceptos sobre la extensión de la familia. En un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Así, no habrá límites en la relación de ascendientes y descendientes, pues no hay límites de grado para heredarse, o para pedir alimentos; pero en línea colateral, sólo podrá hablarse de familia hasta el cuarto grado, toda vez que más allá la ley no determina derechos subjetivos oponibles en virtud del parentesco. En sentido restringido, sólo corresponderá incluir a los padres y a sus hijos menores de edad (familia nuclear)².

Desde la entrada en vigencia de la ley 26.618³, no debe incluirse entre los requerimientos la bisexualidad de los contrayentes de un matrimonio, toda vez que a través de la citada ley se reconocieron los matrimonios entre personas del mismo sexo, posición ratificada en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Dicha modificación obedece a que la sociedad en la que vivimos avanza y genera nuevas formas de familia, basadas en situaciones sociales que no pueden desconocerse.

Por su parte, Mazzinghi expresa que es una institución basada en la naturaleza, entendida como sistema de normas que tienen el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación, en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente⁴.

Gil Domínguez considera que el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado de manera egoísta o restringida. Los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo, sino por el contrario se basan en la tolerancia y el pluralismo⁵.

Rivero Hernández ha sostenido que *“la caída de la nupcialidad y el ascenso de la tasa de divorcios ha causado una eclosión de nuevas formas de familia,*

¹ Conf. Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, t. I, edit. La Ley, 2010, pág. 1.

² Bossert-Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, edit. Astrea, 6ª ed. actualizada; 3ª reimp., 2008, pág. 6.

³ 22 de julio de 2010.

⁴ Conf. Mazzinghi, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, t. I, edit. La Ley, pág. 19.

⁵ Conf. Gil Domínguez, Andrés, *El concepto constitucional de familia*, *Derecho de Familia*, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, t. 15, pág. 43.

tales como: familias unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matri-focales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstruidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo, etc.”⁶.

La amplitud en la concepción de la familia, también ha sido analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los siguientes términos: “En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. “Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “Marckx c/Bélgica”, precisó que la frase “vida familiar” incluida en el art. 8 del Convenio de Roma, “no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio” y esta noción de familia debe ser interpretada “conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”⁸.

En un avance sobre la particularidad que trae el concepto de familia, en su estado vivo de transformación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las causas “Keegan c/Ireland”, del 26 de mayo de 1994 y “Kroon c/Países Bajos”, del 27 de octubre de 1994, sentenció que “la protección de la familia se extiende a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalente a los familiares, relaciones que normalmente requieren de la convivencia, pero que pueden persistir tras su ruptura y que no excluyen otras situaciones cuando excepcionalmente se dieren factores que demuestren tal relación”⁹.

⁶ Conf. Rivero Hernández, Francisco, *Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Cód. Civil de Cataluña*, en A. V. *La Familia del siglo XXI. Algunas novedades del libro II del Código Civil de Cataluña*, edit. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 20; citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, La Ley, del 08/10/2014, pág. 1.

⁷ CIDH, Atala Riffo contra Chile, 24/02/2012.

⁸ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Alberdi, *precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia*, en Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, t. II, p. 233; Fallos 313:225.

⁹ Conf. www.echr.coe.int

ANEXO LEGISLATIVO

**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA
INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

-San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969-

**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
(Pacto de San José)**

PREÁMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

Capítulo I - Enumeración de deberes

1. Obligación de Respetar los Derechos.-

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.-

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se com-

(CONTINÚA)

Mariano C. OTERO



Mariano Carlos Otero es abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.

Entre sus antecedentes laborales se destacan sus 27 años de antigüedad en el Poder Judicial, ocupando todos los cargos del escalafón, llegando a ser secretario de un juzgado civil patrimonial de la Nación y de un juzgado civil y comercial de la Pcia. de Bs. As.

En lo que respecta al campo académico es autor de varios artículos y libros de doctrina, entre los que se destacan: "Código Civil y Comercial Explicado", "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado" -3ra edición-, "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Volúmenes 1 y 2. Derecho de Familia", "Guía Práctica Profesional. Separación y Divorcio" -4ta edición-; "Guía Práctica Profesional. Alimentos" -3ra edición-; "Guía Práctica Profesional. Tenencia y Régimen de Visitas" -3ra edición-; "Guía de Modelos de Demandas Civiles del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" -2da edición-; "Guía de Modelos de Demandas por Accidentes de Tránsito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; "Repertorio de jurisprudencia sobre accidentes de tránsito"; "Tenencia y Régimen de Visitas".

Participa como disertante en seminarios bajo la modalidad presencial. Autor y tutor de cursos de educación a distancia sobre "Alimentos", "Tenencia y régimen de visitas", "Divorcio", "Protección contra la violencia familiar", "Las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación", "Accidentes de tránsito", "Responsabilidad médica", "Transmisión de derechos por causa de muerte en el Código Civil y Comercial de la Nación"; entre otros.

El presente *Manual de Derecho de Familia* ha sido concebido y estructurado por el Doctor Otero con el objeto de brindar un texto apropiado para el desarrollo de los cursos regulares de Derecho de Familia en las facultades públicas y privadas de todo el país para los profesores y estudiantes de Derecho; así como de apoyo para los jóvenes profesionales y graduados.



www.editorialestudio.com.ar

 facebook.com/editorialestudio

 linkedin.com/company/editorial-estudio

 twitter.com/EditEstudio

 Editorial Estudio

 EditorialEstudio