

**Voces:** PROYECTOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL - FAMILIA - MATRIMONIO - CONCUBINATO - PATRIA POTESTAD - DIVORCIO - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO - FILIACIÓN - ADOPCIÓN - DERECHO A LA IDENTIDAD - ALIMENTOS

**Título:** La reforma al derecho de familia en el anteproyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial

**Autor:** Merlo, Leandro M.

**Fecha:** 18-jul-2012

**Cita:** MJ-DOC-5879-AR | MJD5879

**Producto:** MJ

**Sumario:** *I. Introducción. II. Las reformas proyectadas. III. Conclusiones.*

---

Por Leandro M. Merlo (\*)

## I. INTRODUCCIÓN

El anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado mediante el decreto presidencial 191 del 28 de febrero de 2011 suscitó desde entonces un gran debate y un profundo análisis de su articulado en diversos ámbitos académicos y ha tomado en los últimos días gran difusión en los medios de comunicación en general.

El presente ensayo pretende dar una sintética visión de los cambios y reformas que consideramos más relevantes en relación al derecho de familia, área del derecho que por su trascendencia en las relaciones sociales, interfamiliares y humanas quizá sea la que más sensibiliza a la opinión pública y mayor discusión ha generado en diversos eventos académicos.

Indicaremos entonces las principales reformas contempladas en el anteproyecto, recalando algunas veces lo que consideramos sus aciertos y otras mencionando las cuestiones que nos merecen alguna crítica o reparo.

## II. LAS REFORMAS PROYECTADAS

### 1) Matrimonio

En relación al matrimonio, se mantiene la aptitud para celebrar matrimonio en la edad de 18 años con independencia de que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo (arts. 403 y 406).

Se elimina además la impotencia sexual como causal de nulidad del matrimonio (art. 425).

En cuanto a los deberes de los cónyuges, estos se deben asistencia y alimentos, especificándose que la obligación alimentaria rige durante la separación de hecho (arts. 431 y 432).

En concordancia con la eliminación de las causales subjetivas o culpables del divorcio, no existe deber de fidelidad ni de cohabitación entre cónyuges. Paradójicamente, como se verá más adelante, los concubinos deberán cohabitar por un plazo mayor a dos años para poder hacer valer sus derechos.

## 2) Divorcio

Se reglamenta un sistema de divorcio unilateral e incausado (arts.436 a 445). El mismo consiste en la eliminación de las causales objetivas y subjetivas de divorcio conocidas y en la implementación de un procedimiento que puede ser instado por cualquiera de los cónyuges o por ambos, sin el requisito de cumplir con plazo alguno, ni atribuir culpas ni acreditar ningún otro extremo más que la sola voluntad de divorciarse.

La petición de divorcio, si es iniciada por uno de los cónyuges, debe acompañar una «propuesta reguladora», y si lo es conjuntamente, un «convenio regulador», ambos instrumentos necesarios para que el juez dé curso a la acción. Dichos instrumentos deben contener propuestas o acuerdos relativos a la atribución de la vivienda familiar, la división de los bienes, las compensaciones económicas, la tenencia (llamada ahora «cuidado personal») y los alimentos para los hijos. El juez podrá exigir garantías para el cumplimiento de lo ofrecido o acordado, como requisito para la homologación del convenio, cuestión que entendemos excesiva, atento a la eventual inmovilización del patrimonio que ello puede acarrear.

En el caso del divorcio unilateral, si la propuesta reguladora no fuera aceptada por el otro cónyuge, ello no suspende el trámite del divorcio ni el dictado de la sentencia, y los desacuerdos deberán ser sustanciados por la vía incidental. Bastará entonces para quien quiera tener expedita la acción de divorcio ofrecer alguna suma irrisoria al otro cónyuge o, aun, pretender quedarse con todos los bienes y solicitar del otro una compensación económica. Como se puede apreciar, resulta paradójico imponer como presupuesto para la acción el ofrecimiento de una propuesta que, de no ser aceptada, no interrumpe el trámite del proceso ni el dictado de la sentencia.

Se establece además, con acierto, la incorporación de las compensaciones económicas, consistentes en un pago único de una suma de dinero o una renta periódica, tendiente a morigerar el desequilibrio económico que el divorcio le provoque a uno de los cónyuges. Cabe destacar que la compensación tiene una naturaleza jurídica distinta de la prestación alimentaria y que en el derecho comparado tiene plazo cierto de extinción fijado por el juez. El art. 441 del proyecto establece que podría ser excepcionalmente fijada por tiempo indeterminado, lo que no nos parece adecuado, ya que transformaría en alimentaria la naturaleza de la compensación, que claramente tiene un sentido nivelador de desequilibrio y no asistencial.

Se determina en el art. 443 que, en relación a la vivienda familiar, propia o ganancial, habiendo o no hijos menores habitándola, se atribuya en forma exclusiva a uno de los excónyuges, teniéndose en cuenta entre otras pautas si quien lo solicita quedare en «una situación económica más desventajosa» para procurarse una vivienda o bien alegarse los intereses de «otras personas» que integran el «grupo familiar». Se deja además a criterio judicial la ponderación de otros presupuestos no contemplados en la norma. Si bien la protección de la vivienda familiar es un derecho que merece tutela, y sin perjuicio de que el titular del inmueble podrá obtener una renta por la privación de su uso, entendemos que los presupuestos de la norma son muy amplios y vagos, y que el criterio judicial en cada caso concreto dará

lugar a una falta de certeza en cuanto al destino de la que fuera la vivienda familiar.

### 3) Régimen patrimonial del matrimonio

Los arts. 446 a 508 del proyecto reglamentan el régimen patrimonial del matrimonio.

En relación a las convenciones matrimoniales, se reglamentan las donaciones entre futuros cónyuges, el inventario de bienes y deudas que lleven al matrimonio, y la elección por uno de los regímenes matrimoniales que se contemplan: el de comunidad o el de separación. Entendemos que dicha posibilidad de opción era necesaria, más allá de la incorrecta denominación de «comunidad» al régimen supletorio, cuestión cuyo análisis excede el presente. Si los cónyuges no optaran por régimen alguno, regirá supletoriamente y de manera imperativa, el régimen de comunidad. Transcurrido un año de casados, podrán mutar de régimen cada año, debiendo inscribir dicha elección en el acta de matrimonio para que sea oponible a terceros. Entendemos que, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, debería haberse impuesto un plazo mayor para poder modificar el régimen.

Existen además una serie de disposiciones comunes a ambos regímenes. En cuanto a la protección de la vivienda familiar, se establece la necesidad del asentimiento conyugal para disponer de ella o de los muebles indispensables que hubiere en la misma. En relación a las deudas contraídas para atender a las necesidades del hogar y educación de los hijos, se establece la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges.

En caso de que los cónyuges hubieran optado por el régimen de comunidad o este les fuera impuesto ante la falta de elección, regirá un sistema similar al vigente en cuanto a la existencia de bienes propios y gananciales, la gestión de los mismos y su división por mitades en la etapa de liquidación del régimen. La responsabilidad frente a terceros, comparada al régimen actual vigente (arts. 5 y 6 de la Ley 11.357), se extiende ahora a quien no contrajo la deuda a todos sus bienes gananciales, si aquella tuvo como finalidad la conservación de bienes gananciales, rigiendo además las normas comunes de responsabilidad solidaria antes citadas.

Finalmente y en solo cuatro artículos, se reglamenta el régimen de separación de bienes, en el cual existe la «libre administración y disposición» de bienes personales y cada uno «responde por las deudas por él contraídas», salvo la aplicación de las normas comunes en cuanto a asentimiento y responsabilidad solidaria antes expuestas.

### 4) Uniones convivenciales

Bajo el nombre «uniones convivenciales» se regulan las convivencias o los «concubinatos» (arts. 509 a 528).

Comparando los conceptos que se desprenden del proyecto, se advierte que para las convivencias se requieren más caracteres que para el matrimonio. Para la unión convivencial, se exige que exista «afecto» en tanto, para el matrimonio, ello no es requisito.

Otra paradoja radica en que para la convivencia se exige «estabilidad», «permanencia» y un «proyecto de vida en común» -convivencia por al menos dos años- en tanto, para el matrimonio, se ha derogado el deber de cohabitar.

Se impone la obligación alimentaria entre convivientes, aspecto que en la actualidad no existe en la legislación.

Rige la autonomía de la voluntad para celebrar pactos que contemplen lo relativo a los bienes, llamando

la atención que los convivientes pueden regirse por «lo estipulado en el pacto de convivencia» en tanto, en el matrimonio, se puede optar solo por dos regímenes, el de comunidad o el de separación. Los convivientes tienen en este punto mayor libertad que las personas casadas.

En algunos supuestos los convivientes responden por las deudas de modo solidario, al igual que los cónyuges.

Los efectos patrimoniales en caso de disolución de las convivencias son similares a los supuestos de disolución del matrimonio, dado que se contempla que en el caso de convivencias se pueda imponer judicialmente la fijación judicial de una compensación económica. También se puede atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de muerte de uno de los convivientes, al que lo sobrevive, por un plazo máximo de dos años e imponerse aun una cuota alimentaria para el hijo del conviviente con un tercero. Como nos manifestáramos en diversas oportunidades, no estamos a favor de la regulación jurídica del llamado «concubinato», ya que como se ve, al pretender regularlo exhaustivamente, se cae en una doble regulación de institutos, uno con más derechos que otro, lo que además incrementa la confusión entre la población respecto de los alcances de ambos.

## 5) Filiación

Seguramente la cuestión más álgida tratada por el proyecto de reforma es la gran modificación del derecho de filiación vigente, contemplada en los arts. 558 a 593 del proyecto.

Se incorpora además de la filiación por naturaleza y la adopción, la fuente filiatoria dada por las técnicas de reproducción humana asistida. (TRHA). Dichas técnicas necesitan de un urgente marco legal que las contemple, pero se ha incurrido en un gran desacierto al no regularlas, derivando tal aspecto en una ley especial que deberá sancionarse.

Se permite el emplazamiento filiatorio mediante la llamada «voluntad procreacional», al establecerse que los hijos nacidos de una mujer por las TRHA son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento con independencia de quién haya aportado los gametos. Las personas nacidas mediante dichas técnicas solo podrán investigar su identidad biológica si acreditan ante un juez la existencia de causas o enfermedades graves, situación de por sí discriminatoria, ya que ello no sucede en los supuestos de hijos adoptivos, que pueden consultar libremente el expediente de adopción alcanzada la mayoría de edad. También les está expresamente prohibido impugnar la maternidad y/o paternidad ya determinada a efectos de emplazar a su padre o madre biológicos.

De esta manera, en una visión adultocéntrica de la filiación, se da preeminencia a la voluntad de los adultos por sobre el vínculo biológico y el derecho a la identidad de los menores, en clara violación a tratados internacionales de jerarquía constitucional que establecen tal derecho.

Otro punto criticable del proyecto es la regulación del alquiler de vientres bajo el eufemismo «gestación por sustitución». En este supuesto, el proyecto establece que la filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los «comitentes» -acepción de neto corte contractual- mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

Reafirmando este nuevo desacierto, se deja a una ley especial la regulación del instituto y solo se establece que el juez debe homologar el contrato si se acredita que: «se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer» -nos preguntamos cómo podría acreditarse este extremo-; «la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica», lo que consideramos un peligroso y reprochable requisito eugenésico; «al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos», afortunadamente; «el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a

término», situación que se dará siempre en parejas de hombres o de dos mujeres entre sí; y finalmente que la gestante no ha aportado sus gametos; no ha recibido retribución; no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; y ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Aspectos estos de difícil o imposible prueba. ¿Cómo podrá acreditarse, por ejemplo, que la madre gestante no ha recibido retribución alguna por su «servicio»?

Se regula la filiación post mortem, donde nuevamente la voluntad o el consentimiento de la persona fallecida -dada en vida o en su testamento- será la que determine o no el emplazamiento filial de los hijos nacidos luego de su deceso.

La determinación de la maternidad y la paternidad y las acciones de impugnación y reclamación de la filiación se adecúan al esquema antes descrito, donde prima la «voluntad procreacional» por sobre la realidad biológica, escapando su análisis a la brevedad de la presente reseña.

## 6) Adopción

En los arts. 594 a 637, el proyecto regula el instituto de la adopción, que se otorga solo por sentencia judicial y se amplía ahora a convivientes, quienes al igual que los matrimonios deben adoptar conjuntamente, salvo que medie separación de hecho, donde es posible la adopción unilateral. Las personas solas también pueden ser adoptantes. En todos los casos, el adoptante debe tener más de 25 años y una diferencia de edad de 16 años respecto el adoptado, esto último excepto el caso de adopción del hijo del cónyuge o conviviente.

Resulta llamativo que el adoptado -sea menor o mayor de edad- tenga garantizado el derecho a conocer su realidad biológica, lo que no ocurre en igual medida respecto las personas nacidas de TRHA.

El proceso de adopción se inicia con una declaración judicial del estado de adoptabilidad en los casos en que el menor no tiene filiación establecida, o sus padres han fallecido o si los padres tomaron la decisión de que su hijo sea adoptado.

Se prohíbe la entrega directa de menores en adopción mediante escritura pública o acto administrativo, excepto que se compruebe que la entrega de los progenitores se funda en la existencia de vínculo de parentesco o afectivo entre estos y el o los pretensos adoptantes. Si bien aun así es requisito necesario la declaración judicial de estado de adoptabilidad, nos parece peligroso que el proyecto habilite la entrega de menores en adopción directa cuando se funde en un mero «vínculo afectivo», situación de una vaguedad tal que desvirtúa la prohibición y la finalidad misma del registro de pretensos adoptantes.

Existe luego, como en el sistema vigente, un proceso de «guarda con fines de adopción» que debe ser discernida por el juez que dictó la sentencia que declara el estado de adoptabilidad, debiendo elegirse a los pretensos adoptantes de la nómina del registro de adoptantes. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses.

Finalmente, se inicia el proceso de adopción propiamente dicho ante el juez que otorgó la guarda con fines de adopción o el del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida, a elección de los pretensos adoptantes.

Del instituto analizado, nos parece lo más destacado y valorable la regulación de la adopción de «integración» del hijo del cónyuge o conviviente y la relativa simplificación de algún plazo en el procedimiento judicial. Nos merece sin embargo reparos la posibilidad de entrega directa de los menores, tal como está contemplada y el mayor derecho a la identidad del adoptado en relación al nacido por TRHA.

## 7) Responsabilidad parental

Los arts. 638 a 704 del proyecto regulan lo que se denomina «responsabilidad parental», en referencia a la tradicional «patria potestad». En el plano lingüístico, entendemos inconveniente la utilización que el proyecto hace de los términos «parental» y «progenitores», ya que «parental», según la Real Academia Española, podría estar referido también a los parientes; y «progenitores» son también los parientes en línea recta ascendente de una persona. En ambos casos, la responsabilidad parecería exceder a padres y madres.

En el plano jurídico, los cambios más sustanciales son: se prioriza la modalidad compartida en el ejercicio; se permite la delegación del ejercicio a un tercero; se eliminan los conceptos de guarda y tenencia, suplantándolos por el de «cuidado personal» de los hijos y la posibilidad de su «modalidad compartida»; se permite la presentación de un «plan de parentalidad» -asimilable al actual convenio de visitas, alimentos y guarda o tenencia- que en caso de no existir o no ser homologado, el juez priorizará una modalidad «compartida indistinta».

Como puede apreciarse, se modifican unas de las características esenciales de la actual «patria potestad», las cuales son su indelegabilidad e irrenunciabilidad.

## 8) Alimentos

En materia alimentaria se producen grandes modificaciones.

a) Alimentos entre convivientes: Los convivientes se deben mutuamente asistencia y deben contribuir a los gastos del hogar, obligación que en la actualidad no existe y se impone de manera forzada a los convivientes.

b) Alimentos entre cónyuges: Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y durante la separación de hecho.

c) Alimentos luego del divorcio: Existe obligación alimentaria a favor del cónyuge enfermo que no pueda autosustentarse; a favor del cónyuge que no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (con una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la prestación compensatoria) y si el convenio regulador del divorcio se refiere a dicha obligación. Se eliminan los alimentos para mantener el «nivel de vida», en consonancia con la eliminación de la culpa en el divorcio.

d) Alimentos para el hijo del cónyuge o conviviente: Dicha obligación tiene carácter subsidiario y cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, subsistirá con los alcances que determine el juez si el cambio de situación puede ocasionar un «grave daño» al menor que fuera asistido económicamente durante la convivencia.

e) Alimentos entre parientes: Existe entre ellos obligación en el siguiente orden: los ascendientes y descendientes; los hermanos bilaterales y unilaterales; los parientes por afinidad en línea recta en primer grado.

f) Alimentos para los hijos: La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. El progenitor que convive con el hijo mayor de edad puede solicitar la contribución del otro progenitor hasta que el hijo cumpla 21 años.

Se incorpora la obligación de los progenitores respecto de los hijos hasta que estos alcancen la edad de

veinticinco años si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Entendemos que debió establecerse, como en la legislación comparada, algún requisito de mérito por parte del hijo, como la obtención de buenas calificaciones en el estudio elegido.

Se pueden reclamar alimentos a los ascendientes de modo conjunto con la demanda a los progenitores si se acreditan las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

#### 9) Normas procesales

Finalmente, en los arts. 705 a 723, el proyecto incorpora normas procesales aplicables a las distintas acciones de estado y ejercicio de estado de familia que emanan de su propio articulado. Restaría conocer la articulación de dicha normativa de fondo con los códigos procesales locales.

### III. CONCLUSIONES

Hemos tratado de dar una sintética visión de los aspectos del derecho de familia que nos parecen más relevantes en el anteproyecto de reforma. El ambicioso Código Unificado sin dudas trae consigo grandes avances, incorporando institutos y modificando otros en consonancia tanto con lo debatido y concluido en diversas jornadas y eventos académicos, como con diversas realidades sociales recogidas por la jurisprudencia en los últimos tiempos, mayormente en lo referido a cuestiones patrimoniales. Sin embargo entendemos que otras cuestiones más delicadas, como las relativas a la persona humana, el comienzo de su existencia, la filiación y el derecho a la identidad, deberán necesariamente abrirse a un debate pluralista y democrático, especialmente en los ámbitos académicos especializados en la materia, donde sean oídas todas las voces a fin de contar con una legislación acorde a la realidad social y las necesidades concretas de los ciudadanos, donde el derecho recepte y regule la realidad social preexistente, evitándose el proceso inverso, que desde la legislación se pretenda imponer una idea de familia que quizá no refleje la idiosincrasia y necesidades actuales de nuestra sociedad.

-----

(\*) Abogado. Profesor universitario, UBA, UNLZ y UAI.