

## El nuevo Código y las diversas realidades familiares

Por Marisa Herrera

© [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)

¿Por qué la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha generado –y bienvenida la oportunidad de movilizar ideas- tantos debates en el campo de las relaciones de familia? Por varias razones, pero una primera y principal se responde con sólo mirar a nuestro alrededor las diversas y cada vez más complejas realidades familiares.

Parejas que no se casan –de igual o de diverso sexo-; familias ensambladas o más conocidas como los “tuyos, los míos y los nuestros” en el que prima el afecto y no como en los cuentos infantiles donde la madrastra y hermanastras odiaban a Cenicienta; familias monoparentales que nacen de mujeres que deciden tener un hijo apelando a las técnicas de reproducción asistida con material genético de donante; segundas o terceras uniones en las que los adultos ya vienen con una estructura económica o patrimonial por lo cual quisieran elegir un régimen de bienes en el cual no deben compartir o generar bienes “gananciales”; personas con capacidades restringidas o padecimientos mentales que pueden contraer matrimonio a pesar de su discapacidad siendo hasta terapéutico y beneficioso para su mejoría el compartir la vida con alguien; padres adolescentes que

llevan adelante la crianza de sus hijos; ex parejas que se llevan muy bien y que comparten el cuidado de los hijos tras la separación; personas cuya ruptura matrimonial o convivencial las dejan en una situación patrimonial desventajosa que deben verse compensadas por ese desequilibrio producto de haberse retirado del mercado laboral para hacerse cargo del hogar; hijos que tienen el derecho a portar el apellido de ambos progenitores saliéndose de una imposición legal machista en la que se debe llevar siempre el apellido del hombre; cantidad de niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida y que necesitan de reglas claras en la determinación de su filiación (quiénes son sus padres para la ley: ¿quién aporta el material genético o quienes tiene la voluntad procreacional o el deseo de ser padres?) y otra cantidad de niños que tienen el derecho de vivir en familia, ya sea en primer lugar en la suya y si eso no es posible, en otra familia a través de la adopción en tiempos razonables y en el que ese derecho humano tan básico y elemental no sea una quimera.

Todas estas son realidades sociales bien palpables que el texto civil que aún nos rige desde 1871 invisibiliza, esconde o reniega.

La obligada perspectiva de Derechos Humanos o como se dice en la jerga jurídica: la “constitucionalización del derecho privado” como uno de los tantos pilares o valores axiológicos sobre los cuales se edifica el nuevo Código Civil y Comercial, ha sido central para denunciar tales silencios normativos que en el campo del derecho de familia eran elocuentes. Esta mirada revaloriza y coloca en un lugar de privilegio nociones como inclusión, pluralidad, libertad e igualdad, las que ya calan hondo en el ordenamiento jurídico vigente colocando claramente, en *off side* el texto ideado por Vélez Sarsfield con varias modificaciones

a modo de “parches”. Hitos legislativos acaecidos en los últimos tiempo como la ley de matrimonio igualitario (26.618), la ley de identidad de género (26.743), de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (26.061), de protección integral de las mujeres (26.485) o de cobertura médica de técnicas de reproducción humana asistida (26.862), por citar algunas, constituyen una prueba fehaciente de que la realidad social y en especial, la familiar observa una transformación tan fenomenal que merece ser receptada, de manera sistémica e integral, en un nuevo Código Civil y Comercial. En otras palabras, que la legislación civil que nos regirá hasta dentro de poco ha quedado escueta, corta, restrictiva para dar soluciones en el plano jurídico a los diferentes y bien variados conflictos que interesan a las familias de hoy.

Sucede que estas normativas más contemporáneas están pensadas con una lógica bien diferente al Código Civil de Vélez Sarsfield emparchado, presionando de una manera casi indiscutible hacia una nueva regulación sistémica, coherente y actual.

¿Cuáles son, entonces, los principales cambios que introduce el nuevo Código Civil y Comercial en las relaciones de familia? A tenor de las transformaciones sociales- familiares sintetizadas, las modificaciones son varias y sustanciales. Veamos sólo algunas a modo de ejemplo para entender por dónde va el nuevo texto civil y comercial, y a la vez, despertar el interés para seguir profundizando sobre cada una de ellas.

Focalizando en las incorporaciones, el Código Civil y Comercial regula las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial. ¿Qué significa ello? Que así como en la época de Vélez Sarsfield el único modo o vía para tener hijos

era la filiación biológica, es decir, la derivada del acto sexual y tiempo más tarde, en 1948 a raíz de un gran terremoto en la provincia de San Juan que dejó a muchos niños huérfanos haciendo necesario darles una respuesta desde el plano legal, se sancionó la ley 13.252 que introduce al derecho argentino la figura de la adopción; estamos en condiciones como lo hacen tantísimos países, de regular de manera autónoma y con reglas propias, la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, en la que pesa la llamada “voluntad procreacional”, es decir, quién o quiénes quieren ser padres por sobre a quién pertenece el material genético. Veamos, mi marido carece de espermatozoides o no tiene la vitalidad suficiente para fertilizar y decidimos apelar a un banco de material genético masculino. ¿Quién es el padre de este niño, el donante que ni sabe incluso que de su material ha nacido una persona o mi marido, que es quién exteriorizó la voluntad de ser padre y hacerse cargo del cuidado y crianza de ese niño? ¿Podría mi marido, el día de mañana ante la ruptura del matrimonio, impugnar su paternidad alegando no tener vínculo genético con ese niño? Es claro que las técnicas de reproducción asistida –cada vez con mayor presencia en la práctica- observa reglas propias y bien diferentes a la filiación derivada del acto sexual. ¿Acaso no constituye una manda suprallegal el principio rector del “interés superior del niño”, lo que implicaría que los hijos tengan seguridad jurídica respecto a algo tan importante como lo son sus vínculos filiales?

La otra incorporación es la figura de las uniones convivenciales; es decir, las parejas que no se casan. Hoy en la actualidad, diferentes leyes especiales regulan estas uniones de manera parcial (por ej., derecho a pensión, indemnización por muerte del trabajador, la posibilidad de continuar la locación

cuando el locatario fallece, a tomar medidas en los casos de violencia familiar, etc.); estas leyes implican que el legislador reconoce este tipo de uniones familiares. Esto se condice con la Constitución Nacional que en el art. 14 bis se refiere a “la protección integral de la familia”, asumiéndose entonces que las parejas que no contraen matrimonio pero que comparten un proyecto de vida en común también integran el abanico de diversas formas familiares. ¿Qué es lo igual y lo diferente de un matrimonio, es decir, qué derechos o efectos jurídicos deben generar ambas? Este es un interrogante difícil de responder, a tal punto que en los países que lo regulan de manera particular no observan un patrón común sino que se caracteriza por su diversidad en la forma de regularlas. Lo cierto es que en el derecho actual no existía un silencio legal absoluto, todo lo contrario, la jurisprudencia iba otorgándole una mayor cantidad de efectos por aplicación del principio de igualdad entre los hijos (por ejemplo, no puede ser que los hijos habidos dentro de un matrimonio puedan ver protegida su vivienda porque sus padres están casados y si no lo estuvieran quedarse totalmente desprotegidos) o por otras razones. Por lo tanto, la realidad jurídica que imperaba antes del nuevo texto civil era de un gran caos o inseguridad jurídica, ya que el reconocimiento de ciertos derechos quedaba a la zaga o discrecionalidad del juez interviniente. Así, el Código Civil y Comercial reconoce ciertos derechos a las parejas que conviven y llevan adelante un proyecto de vida en común (tengan o no hijos) durante un lapso mínimo de 2 años. Se trata de derechos que comprometen de manera directa derechos humanos como la vivienda, alimentos durante la convivencia, verse compensado el conviviente que tras la ruptura de la unión queda en una situación de total desequilibrio

económico o ser responsables de manera solidaria ante ciertas deudas que asumen en beneficio de ambos como lo es la educación de los hijos y los gastos de la vida cotidiana.

De este modo, y con el objetivo de regular diferentes formas de vivir en familia, no es lo mismo hoy ni lo será cuando entre en vigencia el nuevo texto civil y comercial estar casado que formar una unión convivencial. ¿Cuáles son, a grandes rasgos, las principales diferencias? 1) el matrimonio involucra una cierta formalidad en torno a su celebración, la unión convivencial se caracteriza por su informalidad en su configuración; 2) el cónyuge es heredero legítimo, o sea, la ley obliga a que un porcentaje de la herencia se le reconozca al cónyuge superviviente; el conviviente no es heredero y la única manera de que reciba en la herencia es mediante un testamento y designarlo beneficiario; aun así, siempre se debe respetar el derecho de los herederos forzosos, si los hubiere; 3) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes; las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión; 4) producido el divorcio, un ex cónyuge puede pedir alimentos al otro en supuestos excepcionales (por ej., se trata de un cónyuge enfermo o en estado de necesidad o vulnerabilidad); este derecho no existe en la unión convivencial, ni siquiera en forma excepcional y 5) el matrimonio genera parentesco entre un cónyuge y la familia del otro, ello no acontece en la unión convivencial. Fácil se puede observar que las diferencias son muchas y de relevancia.

La otra gran modificación que no es una incorporación sino una transformación radical del sistema jurídico vigente por poco tiempo más con relación al que viene, se refiere al divorcio. Se pasa de un divorcio causado (hay que esgrimir causas para poder

disolver el vínculo matrimonial, ya sea fundado en algún o varios hechos culposos o en el transcurso de un plazo mínimo de 3 años y de manera conjunta y siempre que hayan transcurrido 3 años desde la celebración del matrimonio, contarle al juez cuáles son las razones que hacen moralmente imposible la vida en común) a un régimen de divorcio incausado o sin expresión de causa. De este modo, al juez no hay que ir con las razones de por qué uno se divorcia, sino sólo a plantear cómo resolver los efectos o consecuencias del divorcio como el tema de los hijos, la vivienda, los bienes, etc.

La práctica judicial permite afirmar que los matrimonios se divorcian cada vez mejor, es decir, sin “tirar la ropa sucia” a los jueces. ¿A qué se debe? El daño o alto grado de destrucción que los juicios causados o contenciosos causan a los hijos y a los propios cónyuges. La ley tiene un importante valor pedagógico; derogar el sistema de divorcio fundado en la noción de “culpa”, significa decir a la gente que la ley no da “armas” a los cónyuges para “pelearse y destruirse” en los tribunales. A diferencia de lo que sucede con la mayor parte de los conflictos judiciales (accidentes de tránsito, juicios por reivindicación, etc.), en los casos de divorcio, especialmente si hay hijos, la pareja se separa pero ambos seguirán siendo padres y, por lo tanto, deberán mantener, al menos, un mínimo de comunicación; en consecuencia, es necesario evitar el desgaste que siempre produce un proceso judicial largo, doloroso e iatrogénico cuya sentencia nunca termina de satisfacer, ni siquiera al que “ganó” el juicio. ¿El dolor producido por la ruptura matrimonial puede ser calmado por la sentencia? Hay dolores que no son jurídicos, son extrajurídicos, y la solución debe encontrarse, entonces, en otras áreas del saber. Por otro lado, por lo general, desde una visión

integral, sistémica y compleja de las relaciones humanas resulta difícil encontrar un solo culpable; normalmente, ambos miembros de la pareja han contribuido a llegar a una situación límite que culmina con la ruptura del vínculo afectivo. Mucho antes de llegar a los tribunales, las parejas ya se han “divorciado” internamente; por eso, el proceso judicial debe ser lo menos burocrático posible, dejando fuera de este ámbito las desilusiones y desamores. La instancia judicial debe servir para acompañar a los cónyuges a resolver cómo será el futuro; es decir, debe decidir los efectos jurídicos del divorcio (cómo se dividen los bienes, qué pasa con la vivienda, la dinámica con los hijos, etc.); no debe insistir en revisar el pasado, lo que ya pasó, por qué se llegó a esa situación. Ninguna persona debe ser obligada a revelar esa intimidad familiar frente a una autoridad pública si sólo pretende obtener la disolución del matrimonio.

Estos y tantos otros más son los cambios que propone el nuevo Código Civil en las relaciones de familia. Se trata de colocar sobre el escenario legal la mayor cantidad de realidades sociales-familiares que observa la sociedad actual, para lo cual se edifica una normativa basada en el respeto por la libertad en la elección del tipo de organización familiar que se quiera, encontrando sus límites en los principios de responsabilidad y solidaridad familiar. En este contexto, fácil se advierte que el nuevo texto civil y comercial es una de las tantas conquistas de la democracia, en particular, de la democratización de las familias. ¿Acaso esto no es una razón más que suficiente para festejar su sanción? Nos debíamos como sociedad una nueva legislación civil y comercial sistémica e integral, que se siga animando a continuar ampliando derechos. En otras palabras, era hora de dar de nuevo en esta

búsqueda constante y sonante por un derecho de familia más humano.