

## LOS PRINCIPALES CAMBIOS DEL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Por Marisa Herrera\**

Los cambios y mejoras en la vida de las personas en el campo del derecho de familia, son muchos, y eso era obvio. ¿Acaso Vélez Sarsfield podría imaginarse que una mujer sin pareja puede ser madre por reproducción asistida con donación de espermatozoides de un tercero?

Para ser bien sintética, las principales modificaciones en el Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de Familia” son las siguientes:

En primer lugar, se regulan diferentes formas de vivir como ser las parejas no se casan que en el nuevo Código se denominan “uniones convivenciales” así ya en el propio término se destaca el elemento central de este tipo de relaciones afectiva: la convivencia.

Veamos, en la actualidad, diferentes leyes especiales regulan estas uniones de manera parcial (por ej., derecho a pensión, a continuar la locación urbana, a tomar medidas en los casos de violencia familiar etc); estas leyes implican que el legislador reconoce este tipo de uniones familiares. Regularlas de modo general, no es fácil en la Argentina, desde que esta realidad social responde a diversas características (en algunos casos, opción libremente asumida; en otras, un integrante de la pareja vulnerable, en situación de notoria desigualdad frente al otro). En cualquier caso, la ley debe ser una herramienta que, fundado en el principio de solidaridad, respete la autonomía y, al mismo tiempo, proteja a los más vulnerables para acercarse, de este modo, a la igualdad real. En la práctica – tal como se comprueba con numerosas sentencias– después de la ruptura de una unión convivencial, uno de los integrantes queda en estado de total desprotección; ante el silencio legislativo, algunos jueces se “animan” a soluciones coyunturales, aún sin texto legal expreso; otros, por el contrario, sostienen que no pueden avanzar sin ley. Es necesario, pues, una normativa con pautas claras, que establezca qué derechos mínimos tienen las personas que viven en convivencia, para evitar la “lotería” judicial, que muchas veces escapa al campo de la discrecionalidad para entrar directamente en el de la arbitrariedad. Desde ya, no es lo mismo casarse que formar una unión convivencial. ¿Cuáles son las diferencias? Varias y sustanciales. El matrimonio genera una gran cantidad de efectos jurídicos que no operan en las uniones convivenciales, entre otras, las siguientes: 1) 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; la única manera de que reciba en la herencia es hacer un testamento y designarlo beneficiario; aun así, hay que respetar el derecho de los otros herederos forzosos, por ej., los hijos ; 2) 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

---

\* Investigadora del CONICET, profesora de Derecho de Familia de la UBA y la Universidad de Palermo, integrante del equipo de redacción de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

unión; 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales (por ej., se trata de un cónyuge enfermo o en estado de necesidad o vulnerabilidad) el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria; este derecho no existe en la unión convivencial, ni siquiera en forma excepcional. No herencia, no régimen de bienes, no alimentos después de la ruptura, son efectos jurídicos de gran relevancia para observar fácilmente que NO es lo mismo estar casado que estar en unión convivencial.

También se regulan los derechos que surgen de las “familias ensambladas” más conocidas como “los tuyos, los míos y los nuestros”. Estos núcleos familiares son una realidad social en constante aumento. Se trata de familias que se constituyen a partir de segundas o terceras nupcias o convivencias teniendo uno o ambos contrayentes/convivientes hijos de otra relación. El proyecto recepta este tipo de familias y reconoce la figura del progenitor afín, es decir, aquel que sin ser el padre o madre vive el día a día cotidiano con este niño de su pareja. En este sentido, se prevé la atribución de cooperar en la crianza y cuidado de los niños/as, la de actuar en casos de urgencia, etc; obviamente, si hay desacuerdo, prevalece el criterio del progenitor, todo ello sin afectar los derechos de los que tienen la responsabilidad parental de ese niño. Asimismo, el progenitor afín tiene deber de alimentos a favor de los hijos de su cónyuge o conviviente, deber subsidiario, pues los principales responsables son sus padres.

En materia matrimonial, también se introducen varios y sustanciales cambios, en especial, en lo relativo a su ruptura. La práctica judicial permite afirmar que los matrimonios se divorcian cada vez mejor, es decir, sin “tirar la ropa sucia” a los jueces. ¿Cuál es la razón? 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 y 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. En este contexto, fácil se advierte que para aquellos que sostienen que el nuevo Código recepta un

divorcio express de manera peyorativa, ello no es así. El proceso de divorcio se transforma, siendo más una labor de co-construcción con abogados mediadores (y no litigantes, que lo único que les interesa son intereses personales más que el bienestar de todo el grupo familiar) de soluciones consensuadas sobre los efectos derivados del divorcio, y no un proceso que sea una intervención estatal a través de la figura del juez en la vida íntima del matrimonio, debiéndole decir cuáles son las razones que hacen “moralmente” imposible la vida en común, o demostrando supuestas “culpas” que en definitiva, lo único que sí queda en claro es la desavenencia en la relación de pareja.

Desde una visión sistémica, un buen divorcio constituye un elemento central para un buen funcionamiento de las relaciones entre padres e hijos tras la ruptura de la pareja. En ese marco se incorpora la noción “coparentalidad”. Así, el nuevo Código modifica sustancialmente el régimen actual que prioriza a un padre por sobre el otro. Es decir, tras la ruptura de la pareja, el Código que se deroga otorga la tenencia a uno de ellos (por lo general, la madre a quien prefiere para la tenencia de los hijos menores de 5 años), ostentando el otro un lugar secundario o periférico. El nuevo código invierte esta regla, de conformidad con el principio de igualdad, en tanto el hijo tiene derecho a mantener vínculo o relación con ambos. ¿Cuál es el sistema que responde a la idea de que la ruptura de los padres impacte lo menos posible en la vida de los hijos? La respuesta es clara: el ejercicio de la responsabilidad y cuidado personal compartido. O sea, que si mientras los padres vivían juntos, ambos llevaban delante de manera indistinta los actos de la vida cotidiana de los hijos, tal modo de vida debe mantenerse después de la ruptura. Ya se ha hablado del valor pedagógico de la ley; pues bien, esa es una de las razones por las cuales la regla es el ejercicio y el cuidado personal compartido; es éste el régimen que mantiene por igual el fortalecimiento y desarrollo del vínculo afectivo con ambos padres. La solución no impide que en algunos supuestos, en pro del interés superior del niño, los padres acuerden o el juez acuerde el cuidado a uno solo, pero siempre se debe asegurar el debido derecho de comunicación con el otro progenitor.

Retomando el régimen matrimonial, cabe destacar otra modificación que es obvia a la luz del principio de autonomía y libertad y que se refiere al derecho matrimonial involucra al régimen de bienes. Sucede que en el nuevo Código Civil, los cónyuges van a poder elegir entre el sistema vigente de comunidad o por el de separación de bienes. Fácil se concluye que un sistema que no permite ninguna opción, no respeta el mencionado principio de libertad. La realidad es compleja; la inserción de la mujer en el mercado laboral ha traído consigo una mirada crítica de los roles estereotipados de “mujer cuidadora- hombre proveedor” sobre los cuales se edificó el régimen de bienes en el matrimonio: un régimen único y forzoso. ¿Por qué los cónyuges no pueden optar, al menos, entre dos regímenes como acontece en todos los países del globo menos en unos pocos –Bolivia, Cuba y algunos estados de México-? Ahora bien, algunos se podrían preguntar si esta opción no podría perjudicar, en definitiva, a las mujeres si ellas optaran por el régimen de separación de bienes. Como regla, la posibilidad de optar entre un régimen u otro no perjudica a nadie; tampoco a las mujeres. Por el contrario, supone la posibilidad de ejercitar la propia autonomía que se verá reflejada en la elección que hagan los contrayentes, al celebrar matrimonio, o cónyuges, después de casados, si pasado como mínimo un año advierten que esa no era la elección que les conviene. Como se dijo, la ley tiene un fuerte valor pedagógico; la posibilidad de optar entre estos dos regímenes se edifica como una

oportunidad clara de contribuir a de-construir los “estereotipos” fuertemente arraigados en el imaginario social de la mujer como “cuidadora de la casa y los hijos” y económicamente dependiente del hombre; imaginario que en cada vez en mayor cantidad no se condice con la realidad; basta mirar los resultados del censo de 2010 que revelan que cada vez hay más mujeres jefas de hogar. Ahora bien, como la reforma reconoce –por aplicación del principio de realidad- que en diversos hogares aún se mantiene el modelo “tradicional”, se prevé como solución, ante la ruptura de un matrimonio –pues es aquí donde las desigualdades se hacen sentir- la incorporación de una nueva figura, denominada compensación económica, existente con variantes en varias legislaciones del derecho comparado (España, Chile, etc.) ¿En qué consiste? Precisamente, en compensar el desequilibrio patrimonial derivado del matrimonio y el divorcio. Por ejemplo, una mujer universitaria se recibe y cuando está haciendo la residencia en medicina, su marido tiene una oportunidad laboral en el exterior; por lo tanto, dejan el país y ella su carrera. Ella lo hace de manera consciente y en total acuerdo con su marido. Pasan varios años y se divorcian. El hombre al estar inserto en el mercado laboral, recibe un sueldo que le permite afrontar solo las necesidades económicas; ella, por el contrario, carece de una fuente de ingresos para cubrir sus gastos. En este contexto, ella podrá solicitar una compensación económica.

En lo que respecta al derecho filial, varias son las modificaciones que se introducen en este campo y que han generado acalorados debates como la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer –nuevo- tipo filial, al lado o compartiendo el escenario con la filiación por naturaleza y con la filiación adoptiva. El régimen vigente de la filiación tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Las prácticas de reproducción humana asistida, en cambio, no tienen ese presupuesto. Por lo tanto, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultan lógicamente aplicables a la filiación que surge porque la ciencia interviene para que esta persona haya nacido. Tampoco son aplicables las reglas de la adopción. El uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) observa tantas especificidades que requieren de un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas especificidades? En primer lugar, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía. Por ejemplo, una mujer está casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear; por lo tanto, deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada “voluntad procreacional”, es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Los integrantes de este matrimonio serán los padres, son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo. Por otro lado, las TRHA permite conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.); por esta razón, el nuevo Código exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético; es claro que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza. Por último, existen supuestos especiales como la gestación por sustitución; si las TRHA no se regularan como tercera fuente filial, se llegaría a resultados que violan el interés del niño/a nacido. ¿Por qué? En la filiación por naturaleza, rige la regla “madre cierta es”; es decir,

quien da a luz un niño es considerada la madre. Justamente, ello no es lo que acontece en los casos de gestación por sustitución; los que tienen la voluntad procreacional, los que quieren ser padres son los “comitentes”, no quien gesta el niño, que no quiere hacerse cargo de este niño que está gestando para otros. ¿Y qué es la voluntad procreacional? Es el eje central de la determinación de la filiación en los casos de TRHA. Así, la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Por lo tanto, los padres de un niño que nace por estas prácticas médicas serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético.

Y en el campo de la adopción que tanto debate ha generado en estos últimos días -¿gracias a un periodista mediático? También se introducen importantes modificaciones. En primer lugar, se define a la adopción como una institución jurídica cuya finalidad reside en la satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia cuando éste no puede hacerlo por diferentes razones en su familia de origen. De esta manera, se prevé dos procesos bien diferenciados; en el primer proceso de declaración de la situación de adoptabilidad, la familia de origen tiene un lugar de importancia –el que no ha tenido hasta ahora en ninguna legislación de adopción- y en el segundo, el proceso de adopción propiamente dicho, son los pretensos adoptantes quienes cumplen un rol central, interviniendo en ambos como principal destinatario el pretense adoptado quien es considerado parte en ambos procesos cuando cuenta con edad y grado de madurez para intervenir con su propio patrocinio letrado; es decir, se incorpora al texto civil la figura del abogado del niño que regula la ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. De este modo, cada uno de los integrantes de la tríada adoptiva tiene su espacio en los procesos judiciales que dan lugar a la adopción. Ello es así porque una buena adopción se alcanza cuando se respetan los derechos de todos los involucrados. Amén del niño cuyo interés está siempre involucrado, en un primer momento se debe analizar si realmente el niño puede permanecer con su familia de origen o ampliada. Si llegara a ser así, la adopción no sería viable. En cambio, si no puede permanecer en su núcleo familiar primario, la adopción sí es la figura que satisface el derecho del niño a vivir en familia. Si los padres no tienen su espacio en un proceso judicial previo, pueden “arrepentirse”, y las dilaciones del proceso perjudican principalmente al niño. El proyecto regula etapas claras en las que se otorga el lugar que se merece cada uno de los integrantes de la “tríada” que involucra toda historia de adopción. Otro de los cambios obligados en el campo de la adopción se refiere a los tiempos, los cuales se ven acortados al estipularse reglas precisas que fijan plazos determinados hábiles para delimitar la compleja decisión de hasta dónde trabajar con la familia de origen sin que ello implique vulnerar los derechos del niño/a. De esta manera, se logra una regulación acorde con los plazos establecidos en el Sistema de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes de la ley nacional 26.061 que establece el plazo de separación del niño a la familia de origen en 90 días, prorrogable por 90 días más; es decir, los 180 que recepta el proyecto.

Párrafo aparte y a modo de cierre, merece el arduo debate por el cambio que ha sufrido el art. 19 sobre el comienzo de la existencia de la persona humana en la Cámara de Senadores. Sobe este punto, y lo más sintético posible, cabe recordar que este articulado dice que la persona comienza con la concepción, ello en nada perjudica el uso de las técnicas de

reproducción asistida como causa de una tercera fuente filial y modo de respetar el derecho de toda persona a formar una familia con total independencia de la orientación sexual y proyecto de familia por parte de una mujer sola. Es que el art. 20, el siguiente, dice que por concepción se entiende el lapso entre el mínimo y máximo del embarazo, y es obvio que esto sucede cuando el embrión está dentro de una persona y se implanta, sólo allí puede haber embarazo. A su vez, el art. 21 dice que todos los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la persona quedan irrevocablemente adquiridos cuando la persona nace con vida, aludiéndose expresamente a la implantación y lo que es más elocuente aún, es que la disposición transitoria segundo dice que a protección del embrión no implantado se reserva para una ley especial, por lo tanto, se deriva que el embrión no implantado no es persona, de lo contrario, estaría regulado en el propio texto del Código Civil y no en una ley distinta y separada de éste. Y este arco interpretativo lógico, coherente y sistémico se cierra con el resonado fallo “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/11/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisprudencia es obligatoria para nuestro país bajo pena de ser pasibles de responsabilidad internacional, en el que se concluye de manera elocuente que el embrión no implantado no es persona en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado que está expresamente incluido en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, no peligran las técnicas de reproducción asistida y mucho menos, el reconocimiento de la pluralidad de formas de familia que ya este Congreso ha dado muestras más que acabadas de cuál es el camino que se viene siguiendo, profundizando y consolidando desde hace unos cuantos años.

En suma, estos son algunos de los tantos aportes que introduce el nuevo y merecido Código Civil. Espero que mañana o a más tardar pasado por si el debate se prolonga después de la medianoche del 1ro de octubre del 2014, pase a ser una fecha histórica. A brindar entonces por esta nueva ampliación de derechos civiles a tono con los **Derechos Humanos** (en mayúscula y resaltado en negrita).