



NUEVO
CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL
UNIFICADO

programa de
actualización
profundizado

2015
Marzo | Noviembre

Preguntas y respuestas básicas y esenciales para comprender los principales cambios del Código Civil y Comercial en las relaciones de familia.

(Dra. Marisa Herrera*)

1. ¿Cuáles son los pilares de las principales modificaciones que introduce el CCyC en el campo de las relaciones de familia?

De conformidad con la obligada perspectiva constitucional- convencional, el CCyC defiende el principio de libertad y autonomía personal de cada uno de los miembros del grupo familiar cuyo límite (orden público) reposa en las nociones de solidaridad familiar y responsabilidad familiar. En otras palabras, todos los “piso mínimo obligatorios” que establece la legislación civil y comercial se funda en ambas razones. Por otra parte, y en total consonancia con el núcleo central o columna vertebral de la legislación civil y comercial que se encuentra explicitado en los arts.1 y 2, la regulación de las relaciones de familia responde al principio de “no regresividad”, de allí la obligación de mantener el principio de igualdad y no discriminación que instaló la ley 26.618 de matrimonio igualitario, debiéndose regular en total consonancia con todas las consecuencias que se derivan de esta ampliación de la figura del matrimonio en materia de filiación, apellido de los hijos como de los cónyuges, responsabilidad parental, por citar las consecuencias jurídicas más importantes que se derivan de una incorporación sustancial como lo ha sido el reconocimiento del matrimonio a todas las personas, con total independencia de su orientación sexual. Esta son las ideas nodales que están detrás del “muticulturalismo” o “pluralismo”, uno de los pilares o valores axiológicos sobre los que se edifica el CCyC.

2. ¿Cómo se estructura la regulación de las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial?

El CCyC concentra en un solo título todo lo relativo a las “Relaciones de Familia”, se trata del libro Segundo que consta de un total de 8 Títulos con las instituciones centrales del derecho de familia. A diferencia del código veleziano (como lo dice Sozzo en un excelente trabajo acerca de cómo impacta en CCyC en la currícula y en el modo de enseñanza del derecho privado en la UNL), por ejemplo, la mal llamada “sociedad conyugal” no es un tipo contractual específico dentro “De las obligaciones que nacen de los contratos”, sino que forma parte de un régimen de bienes como es el de comunidad que se deriva de un matrimonio como proyecto de vida en común y como incide esta consideración en la esfera patrimonial o económica del vínculo matrimonial. De estas pequeñas y obvias modificaciones, como incorporaciones como lo son la regulación de las uniones convivenciales, la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, los derechos y deberes de los progenitores afines (o sea, las llamadas familias ensambladas) y los

* Es Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires con calificación sobresaliente. Es Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. Es Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas), Consultora, UNICEF oficina Argentina, Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires y Subdirectora de la Maestría y Posgrado en Derecho Civil Constitucionalizado de la Universidad de Palermo. Fue Directora del Proyecto de Investigación Jóvenes Investigadores UBACYT 2008-2010 sobre “El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales”. Es Coordinadora y docente de varios cursos de Actualización en Derecho de Familia organizados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el interior del país, docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Universidad de Buenos Aires, docente en la Carrera de Problemáticas Sociales Infante Juvenil Universidad de Buenos Aires y Adjunta interina de la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” Universidad de Buenos Aires y docente titular en la materia “Derecho de Familia”, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

procesos de familia por destacar las incorporaciones más significativas en términos generales- comparativos.

3. **¿Por qué se regulan las llamadas “uniones convivenciales”, es decir, las parejas que no se casan?**

En el derecho actual, varias leyes que están por fuera del Código Civil regulan ciertos efectos de las parejas que no se casan como ser: el derecho a pensión, la posibilidad de continuar la locación ante el fallecimiento de la pareja, tomar medidas en los casos de violencia familiar, el consentimiento para la ablación de órganos, etc; estas leyes muestran que ya en el derecho vigente se reconoce la existencia de este tipo de uniones familiares. Por otra parte, la jurisprudencia se encargó de extender ciertos derechos a las parejas no casadas con hijos por aplicación del principio de igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo cual implicaba que en la práctica no se podía tener certeza sobre qué derechos y obligaciones generaban los vínculos de afectos que cumplían con determinados requisitos (singular, pública, notoria, estable y permanente), siendo una “lotería” judicial, según el juez que intervenía y la interpretación que hacía de las normas civiles a la luz de obligada mirada de Derechos Humanos.

Regular las llamadas “uniones convivenciales” modo general, no era una tarea legislativa sencilla, en especial, en nuestro país en el que las personas no se casan por diversas y disímiles razones: una opción libremente asumida; a modo de prueba, por tema cultural, etc; pero lo cierto es que cuando se produce la ruptura, uno de ellos –muchas veces las mujeres- quedaban en una situación de total vulnerabilidad observándose una notoria desigualdad de uno frente al otro. Sea cual sea las razones por las cuales las personas no se casan, lo cierto es que ellas no podían quedar en total desprotección, debiendo ser la ley una herramienta necesaria para mitigar estos efectos negativos, fundado en el principio de solidaridad y el reconocimiento del afecto como generador de un piso mínimo de derechos. Máxime, cuando datos de la realidad social (último censo nacional) arrojó que en las provincias con mayores necesidades básicas, son más las personas que no se casan que las que sí lo hacen, por lo cual, si el CCyC pretende ser una herramienta de protección al más débil, necesitaba regular un piso mínimo de derechos o efectos jurídicos a las parejas que cumplen ciertos requisitos, no siendo obligatorio que la unión esté inscripta para no generar una segunda categoría de “matrimonio”.

4. **¿Es igual casarse o no casarse o en otras palabras, cuáles son las principales diferencias entre estar casado y en unión convivencial, ampliándose así el reconocimiento de formas de organización familiar?**

El CCyC reconoce la existencia de diferencias sustanciales. Veamos, 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 unión y ante la falta de pacto, se debe apelar a las figuras del

derecho civil que siempre se han utilizado como ser la sociedad de hecho, división de condominio, etc ; 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; 4) las uniones convivenciales tampoco generan parentesco con todo lo que ello significa. Por lo tanto, fácil se advierte que no es lo mismo estar casado que estar en una unión convivencial.

5. **¿Qué derechos se derivan de las uniones convivenciales a favor de las parejas que comparten un proyecto de vida en común durante un tiempo mínimo de dos años?**

Son derechos relacionados directamente con los derechos humanos, como por ej., la protección de la vivienda. ¿No tienen los hijos matrimoniales y extramatrimoniales iguales derechos? Si se protege la vivienda porque los padres están casados pero no si no lo están, la respuesta viola flagrantemente el principio de igualdad; por lo tanto, como mínimo, la reforma debía regular y extender la protección de la vivienda a todas las familias, tengan o no base matrimonial. La atribución de la vivienda por un lapso determinado ante el fallecimiento del conviviente, no debiéndose tratar al conviviente como si fuera un intruso; o la necesidad de contar con el asentimiento del conviviente no titular cuando se trata de la vivienda familiar, por citar algunos de los efectos que surgen de la figura familiar en análisis.

6. **¿Por qué se debe tener un tiempo mínimo de 2 años y por qué sólo a las parejas que los une una relación de afecto que tiene origen en relaciones sexuales? ¿No merecen igual protección los hermanos, los primos, los amigos, una madre y su hijo?**

El CCyC, al igual que otras leyes de América Latina, regula las uniones civiles centradas en la noción de “*pareja*”; es decir, un proyecto de vida cuya apariencia no difiere de la matrimonial. ¿Cuándo la ley presume que se está ante una relación de pareja singular, pública, notoria, estable y permanente?

El CCyC exige 2 años de permanencia siguiéndose la experiencia legislativa de la primera ley local que regula este tipo de relaciones como lo es la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires y que no generó debate alguno. ¿Por qué fijar un plazo? El silencio de la ley obligaría a judicializar cada caso para verificar si, efectivamente, se está ante una relación estable, pública, notoria y permanente que amerite que se le reconozcan ciertos derechos. Justamente, el CCyC tiene como finalidad “desjudicializar” para facilitarle a la gente la efectividad de sus derechos; a la par, brindar pautas legales claras otorgando a las personas mayor seguridad jurídica como implica saber de antemano, qué derechos tienen y a partir de cuándo le son reconocidos.

7. **¿Qué cambios sustanciales se observa en el régimen del matrimonio? ¿Por qué desaparece el deber de fidelidad en el matrimonio?**

El CCyC regula de manera expresa sólo aquellos deberes que son jurídicos, es decir, aquellos cuyo incumplimiento o cumplimiento deficiente traen consigo una determinada respuesta o sanción por parte de la ley.

Así, por ej., los padres tienen obligación de cuidar, criar, educar y alimentar a los

hijos; nadie discute que quien cumple con estos deberes, se comporta positivamente desde una perspectiva moral. Ahora bien, el incumplimiento de esas obligaciones genera consecuencias; los padres incumplidores pueden ser privados del vínculo parental o ser demandados por alimentos, etc.

En este contexto, en el Código Civil que se deroga, quien incumple el deber de fidelidad es pasible de ser considerado cónyuge “culpable” del divorcio y por ello, se le aplican determinadas obligaciones derivadas de esta conducta “antijurídica” o contraria a la ley. Ahora bien, ¿puede afirmarse que hay UN culpable y UN inocente en un matrimonio o las relaciones humanas, y en especial las de pareja, son más complejas?

El CCYC deroga el sistema de CULPAS en el divorcio, por lo cual, la violación al deber de fidelidad no genera ninguna sanción, quedando el deber de fidelidad dentro del principio básico de la Constitución Nacional reconocido en el art. 19 por el cual todo acto que no afecte a terceros están exentos de la autoridad de los magistrados y reservados o formar parte de la intimidad de cada una de las personas.

8. ¿Qué es el divorcio **incausado**?

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.

Dos aclaraciones terminológicas hábiles para profundizar el análisis sobre el régimen de divorcio que introduce el CCyC. ¿Por qué se lo denomina “incausado” cuando siempre los cónyuges tienen una causa o varias por las cuales se divorcian?

Si bien es cierto que siempre hay causas, estas son no jurídicas o quedan en el plano de la intimidad y del mencionado art. 19 de la CN, desde el punto de vista jurídico —el que le interesa al CCyC— el divorcio y sin causa (causa jurídica) por ende, en este contexto el divorcio es in(no) causado. Otra cuestión es que se lo denomina de manera peyorativa de divorcio “express”. El CCyC de conformidad con la práctica, sabe que muchas veces los procesos de divorcio son “express” porque es el resultado de un fuerte trabajo previo y extrajudicial por parte de los abogados y sus clientes para arribar a acuerdos sobre los diferentes efectos del divorcio, éstos suelen ser los menos dolorosos y los que mayor éxito u observan efectivo cumplimiento porque los propios cónyuges han sido partícipe de cómo estructurar la ruptura matrimonial del modo menos doloroso posible. Desde esta perspectiva más amplia o sistémica, fácil se observa que el divorcio no es express y que la justicia sólo interviene en la parte final del proceso (en términos amplios) que insume un divorcio.

9. **¿Cómo y cuándo me puedo divorciar?**

El matrimonio se celebra por el consentimiento de dos personas y también se sostiene de a dos. Si uno ya no quiere seguir adelante con el proyecto matrimonial, es claro que éste no puede seguir adelante. Por lo tanto, el divorcio lo pueden solicitar ambos cónyuges o uno sólo de ellos. ¿Y qué plazo hay que esperar para divorciarse? Ninguno, cuando uno o ambos quieran divorciarse lo pueden hacer porque el Estado no puede obligar a las personas a seguir casadas en contra de su propia decisión en protección y respeto por el principio de libertad, autonomía personal e intimidad de los cónyuges.

10. **¿Por qué se flexibiliza el régimen patrimonial matrimonial aún vigente permitiendo que los futuros contrayentes puedan elegir por el régimen de separación de bienes o ante la falta de opción/elección, que rija el actual de comunidad?**

El principio de libertad y autonomía de las personas está reconocido en el sistema constitucional argentino y, por tanto, como regla, un sistema que no permite ninguna opción, no respeta esa autonomía. 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—?

11. **¿Perjudica a las mujeres la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de ganancias y el 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. Una vez más, cabe destacar el fuerte valor pedagógico de la ley; así, 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 el CCyC 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.

12. ¿Por qué las técnicas de **reproducción humana asistida constituye un tercer –nuevo- tipo filial?**

El régimen aún vigente en materia de filiación tiene por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Las prácticas de reproducción humana asistida colocan en crisis esta lógica. Por lo tanto, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultan 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 CCYC exige que el consentimiento sea renovado ante cada tratamiento. Es claro que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza.

13. ¿Qué es la voluntad **procreacional**?

La voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento central para la determinación de la fi-

liación de los niños nacidos por TRHA. Así, padres serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético. Voluntad y consentimiento que ya hoy está presente en la ley 26.862 del 2013 que regula la cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Por otra parte, y como contracara de este principio, el CCyC recepta de manera expresa que quien ha prestado la pertinente voluntad procreacional debidamente manifestada o exteriorizada en un consentimiento informado, formal y libre, no puede impugnar la filiación por aplicación de la teoría de los actos propios y porque en las TRHA no tiene interés a los fines de la determinación legal si la persona que prestó el debido consentimiento aporta o no su material genético. Al respecto, cabe recordar que la Argentina reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo cual, todos los niños que nacen en el marco de una pareja conformada por dos mujeres es claro que el material genético masculino es donado y no por ello el niño deja de tener vínculo jurídico/filial con ambas mujeres.

14. ¿El CCyC viola el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida con material de un tercero ajeno a los padres?

El CCyC no viola el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos por TRHA con material genético de un tercero. Para poder comprender por qué la reforma recepta un sistema “equilibrado”, se debe diferenciar dos facetas: 1) información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y 2) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). ¿Qué permite el CCyC? Acceder a ambos tipos de información, una de manera amplia o irrestricta, la otra con ciertas restricciones. La información no identificatoria, se puede solicitar en todo tiempo directamente al centro de salud. En cambio, cuando se trata de identificar al donante, se debe solicitar por petición fundada a un juez, ya que aquí se deben dar ciertos fundamentos que amerite levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general mayor: el que haya donaciones y así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres.

Además, el CCyC dispone expresamente la obligación de incorporar al legajo de inscripción del nacimiento de estos niños el resguardo de que éstos han nacido por TRHA con gametos de un donante; consecuentemente, esta información siempre estará disponible. Cabe aquí destacar que el efectivo conocimiento de que un niño ha nacido de TRHA heteróloga queda en manos de los padres, quienes deberían comprender que es beneficioso para el hijo que se le revele esta información básica sobre su identidad. Aquí hay un fuerte trabajo de concientización que se debe hacer más allá del resguardo de la información sobre el donante que prevé el CCyC.

Por último, es dable destacar una diferencia entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y de los niños nacidos por TRHA con material de donante. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética que aportó un tercero ajeno al proyecto de maternidad/paternidad; en la adopción, en cambio, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra la “biografía” de un niño, la historia de lo que sucedió con su familia de origen, si tuvo o no años de institucionalización, qué pasó o cómo vivió todos estos años, ya que los niños forjan su identidad en todo tiempo.

15. ¿Qué implica que el régimen de adopción regulado esté centrado en el derecho de todo niño a vivir en familia?

El régimen de adopción que recepta el CCyC no protege excesivamente a la familia de origen ni tampoco a la familia adoptiva, sino que el eje está puesto en la protección del niño; es decir, en satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia cuando no pueda permanecer en la familia de origen o ampliada. De esta manera, el proyecto prevé dos procesos bien diferenciados, en el que la familia de origen primero (en la declaración de la situación de adoptabilidad) y después la adoptiva (en el proceso de adopción propiamente dicho), tienen su plena participación; además, es parte el pretense adoptado –cuando cuenta con edad y grado de madurez para intervenir con su propio patrocinio letrado- en ambos procesos. De este modo, el CCyC entiende que 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 CCyC 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.

16. ¿Cómo se responde al factor “tiempo” que tanto perjudica a la práctica de la adopción en el régimen aún vigente?

El CCyC establece 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 la nueva regulación.

17. ¿Cuáles son los cambios que introduce el CCyC al régimen de la adopción que lo flexibiliza y a la par lo amplía en total consonancia con la complejidad de la realidad social actual?

Los cambios son varios. Por destacar algunos, se explicitan los principios constitucionales-convencionales sobre los cuales se edifica el régimen de la adopción en total consonancia con la doctrina emanada del caso Fornerón contra Argentina del 27/04/2012 de la Corte IDH; se extiende la posibilidad de adoptar a las parejas no casadas que se encuentran en unión convivencial; la posibilidad también de poder adoptar de manera conjunta una pareja que se ha divorciado o se ha producido el cese de la unión convivencial; se regula como tipo adoptivo autónomo con reglas propias la adopción de integración y se permite en determinados supuestos, que a pedido de parte o de oficio se otorgue la adopción plena manteniéndose vínculos con algún o algunos miembros de la familia de origen (por lo general, los hermanos cuando no se puede o no se consigue que una misma familia pueda adoptar al grupo de hermanos) o la adopción simple pero generándose vínculo jurídico con algunos familiares de la familia adoptiva, por ejemplo, los padres de los adoptantes y así ampliar vínculos afectivos y jurídicos al adoptado.

18. ¿Por qué se ha incorporado como categoría específica la de “adolescente”?

Por aplicación del principio de autonomía progresiva de niños/as y adolescentes que instaura la Convención de los Derechos del Niño –instrumento con expresa jerarquía constitucional-, siendo necesario instaurar un sistema que pueda receptar algunos supuestos que flexibilicen el régimen jurídico rígido que adopta el código aún vigente. La realidad muestra que el grado de madurez y de mayor autonomía de un niño no es igual al de un adolescente. Por eso, el proyecto da contenido jurídico a la noción de niño (de 0 a 12 años) y entiende por adolescente las personas de entre 13 a 18 años. La diferencia habilita a los adolescentes a ejercer por sí determinados actos y acoge el principio suprallegal de “autonomía progresiva”; es decir, reconoce que determinados actos puede ser ejercidos de manera personal por los niños y adolescentes según su edad y grado de madurez. Por ejemplo, se presume que los adolescentes entre 13 y 16 años tienen posibilidad de decidir por sí respecto de tratamientos que no resulten invasivos, como podría ser requerir ante una institución sanitaria un método anticonceptivo para el cuidado de su salud, como los preservativos. En caso de que el tratamiento sea invasivo, además del consentimiento del adolescente, se exige el de sus padres. Si el adolescente alcanzó los 16 años, se lo considera como adulto en lo atinente al cuidado de su propio cuerpo.

19. ¿Cómo recepta el CCyC la figura del “abogado del niño”?

La figura del abogado del niño está hoy prevista en el artículo 27 de la ley nacional 26.061 en tanto dispone el derecho del niño *“a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”*. El CCyC debía armonizar su regulación con esta ley especial, observándose un claro diálogo entre ambas. El CCyC reconoce el derecho de que los niños concurren a las instancias administrativas o judiciales con asistencia letrada siempre que cuenten con grado y madurez suficiente como para poder elegir un abogado que los represente para el ejercicio de los derechos que intenta por sí mismo preservar, debiendo concurrir no solo el grado de madurez suficiente del niño sino también un caso de conflicto con quienes son sus representantes legales, padres o tutores que amerite una asistencia letrada independiente. De esta manera, la legislación civil y comercial habilita de manera precisa que en determinados conflictos en que los hijos tengan intereses contrapuestos con sus progenitores, éstos puedan intervenir de manera personal con asistencia letrada especializada.

20. ¿Cuáles son los principales cambios en la relación entre padres e hijos tras la ruptura de la pareja? ¿Qué significa el “cuidado **personal compartido**”?

El CCyC modifica sustancialmente el régimen hasta ahora vigente que prioriza a un padre por sobre el otro. Es decir, tras la ruptura de la pareja, la ley otorga la mal llamada “tenencia” (otro término que se reemplaza por el cuidado, ya que los hijos no son un objeto que hay que “tener” como la tenencia de arma o de estupefacientes, sino sujetos de derechos), la cual se encontraba en cabeza de la madre a quien el código civil que se deroga prefiere para la “tenencia” de los hijos menores de 5 años, ostentando el otro un lugar secundario o periférico. Esta regla rige para las parejas integradas por personas de diferente sexo ya que las parejas de igual

sexo la ley 26.618 no sigue la pauta de atribución preferencial en razón del sexo, lo cual ha implicado una situación legal de discriminación inversa.

El CCyC modifica sustancialmente este régimen al adoptar como regla, de conformidad con el principio de igualdad, que todo 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? 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.

21. ¿En qué otras normativas se puede ver una fuerte impronta en materia de género?

El CCyC se hace eco de los aportes provenientes de los estudios y perspectiva de género, por eso dispone de manera expresa que toda la labor de los progenitores en el hogar tiene valor económico; de este modo, se revaloriza la labor de las mujeres en el hogar. Por otra parte, también se resuelve el problema de interpretación actual en torno a los alimentos, en especial, a favor de los hijos mayores de edad pero menores de 21 años, es de decir, entre los 18 y 21 años. ¿Cuál es el conflicto? La ley que bajó la edad de la mayoría a los 18 años mantiene la obligación alimentaria hasta los 21 años. ¿Quién cobra entonces los alimentos que paga el padre, el hijo o la madre? La doctrina mayoritaria señala al hijo, sin embargo esta decisión perjudica a las mujeres quienes tienen que seguir manteniendo los gastos cotidianos del hogar y si el hijo no le pasa una cierta cantidad de dinero de la cuota alimentaria que recibe del padre, la mujer es claramente perjudicada. ¿Qué solución brinda la reforma? Una respuesta no salomónica sino equilibrada. Cuando los hijos viven con uno de los padres, la cuota que pasa el otro puede ser dividida, una parte para los gastos el hogar que los debe cobrar la madre y la otra parte para los gastos cotidianos de la vida del hijo que recibe directamente éste de su padre y así se respetan derechos e intereses de ambos: madre e hijo. Otra cuestión con fuerte perspectiva de género involucra al apellido de los hijos que se explica a continuación.

22. ¿Cuáles son los **cambios que incorpora el CCyC en materia de apellido de los hijos**?

El CCyC instaure definitivamente el principio de igualdad en materia del apellido de los hijos. La ley 26.618, que derogó el requisito de diversidad sexual de los contrayentes para poder contraer matrimonio, también modificó el art. 4 de la ley del nombre n° 18.248 y permitió a los hijos de parejas del mismo sexo portar el apellido de uno de los padres, o de ambos, a elección de los progenitores; esta flexibilidad hoy no está disponible para hijos de parejas de diverso sexo. Esta discriminación en contra del matrimonio heterosexual se soluciona en la legislación civil y comercial. De aprobarse, todos los hijos podrán llevar el apellido de uno o de ambos progenitores, en el orden que ellos acuerden; esta opción también se reconoce a los hijos de parejas convivientes. Si los adultos no se ponen de acuerdo

(caso excepcional, por cierto) el funcionario del Registro Civil procederá a un sorteo para determinar ese orden. Si al momento del nacimiento se inscribió con un solo apellido, a pedido de los padres o del niño con un grado de madurez suficiente podrá adicionarse el apellido del otro progenitor.

23. ¿Qué sucede con la relación padres e hijos cuando se trata de padres adolescentes?

Los padres adolescentes ejercen por sí la responsabilidad parental respecto a sus hijos; es decir, los actos de la vida cotidiana de los hijos (llevarlos al colegio, al médico, firmar boletines, etc), los llevan adelante los propios padres menores de edad porque son ellos quienes deben tener presencia en la vida de sus hijos. Los abuelos que convivan con este niño podrán oponerse a la realización de actos u omisiones de cuidados que puedan ser perjudiciales para el niño. En supuestos excepcionales, de gran envergadura para la vida del niño, como la decisión de darlo en adopción, o de intervenirlo quirúrgicamente habiendo peligro de vida, etc., se requerirá la voluntad de los padres adolescentes que debe completarse con el asentimiento de alguno de los abuelos.

24. ¿Qué es la familia ensamblada y qué derechos y deberes se derivan de ella?

La familia ensamblada es una realidad social en constante aumento. Es conocida por la frase coloquial de “los tuyos, los míos y los nuestros”. Sin embargo, no todos estos componentes tienen que estar presentes para que pueda hablarse de familia ensamblada; puede haber “tuyos y míos”, “tuyos y nuestros” o “míos y nuestros”. 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 CCyC 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.

