

Publicación: El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia.

Autor: Jorge A. M. Mazzinghi

I. INTRODUCCIÓN

El libro segundo del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación está dedicado a las relaciones de familia y se compone de ocho títulos.

El primero de estos títulos se refiere al matrimonio, el segundo al régimen patrimonial del matrimonio, el título tercero se ocupa de las uniones convivenciales, el cuarto está dedicado al parentesco, el quinto a la filiación, el sexto a la adopción, el título séptimo regula la responsabilidad parental, -que hasta ahora se denomina patria potestad-, y el octavo, -y último-, contiene una serie de normas que regulan la estructura y la marcha de los procesos de familia.

Los ocho títulos que conforman el libro segundo del nuevo Código Civil y Comercial, -y que abarcan 322 preceptos-, tienen novedades de significativa relevancia.

En casi todos los temas hay cambios importantes que intentaré analizar, -de un modo necesariamente sucinto-, en este trabajo.

El derecho de familia se presenta con una nueva fisonomía, pero, en este escenario, los cambios más relevantes y más notorios tienen que ver con la caracterización del matrimonio y las facilidades para obtener el divorcio, -en el título I-, con la reglamentación de las uniones convivenciales, -en el título III-, y con las reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, -en los capítulos 2 y 5 del título V-.

II. UNA PRESENTACIÓN OBJETIVA DE LAS NOVEDADES MAS SALIENTES

En este breve trabajo me propongo enunciar los aportes del nuevo Código Civil y Comercial con objetividad, presentando una simple guía de los aspectos más novedosos que pueda resultar de utilidad para los abogados que ejercen la profesión, y para los que tengan un interés general sobre estos temas.

En otras ocasiones, -que, me imagino, no faltarán-, intentaré un análisis doctrinario, un estudio más profundo sobre la fisonomía del nuevo ordenamiento.

Para abordar esa tarea, -mucho más ardua y más compleja-, quizás convenga aguardar que transcurra un cierto tiempo, y que el Código Civil y Comercial comience a aplicarse y a moldearse con la interpretación que hagan los tribunales.

Por ahora, insisto en que el propósito es presentar las soluciones legales que revistan un grado mayor de novedad en relación al régimen que se viene aplicando y que mantendrá su vigencia hasta fines de julio del corriente año 2015.

Me limitaré a comentar los tópicos más generales, sin adentrarme en el detalle de

regulaciones específicas o puntuales que pueden ser importantes, pero que desvirtuarían y excederían la finalidad de este trabajo.

III. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO – LAS NOVEDADES DEL TÍTULO I

1.- A la luz de la definición contenida en el art. 259 del nuevo Código Civil y Comercial, -“el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”-, el matrimonio conserva su entidad de acto jurídico.

Tiene que ser celebrado por dos personas, -un hombre y una mujer, o dos personas del mismo sexo- ⁽¹⁾, ante la autoridad competente, con formalidades y recaudos muy similares a los que rigen hasta ahora.

En lo que se refiere a los impedimentos matrimoniales ⁽²⁾, la celebración, la prueba, y el régimen de las nulidades matrimoniales, las modificaciones no tienen mayor importancia.

2.- El primer cambio significativo respecto del contenido del matrimonio aparece en el capítulo 7 del título I, cuando el Código describe los derechos y **los deberes de los cónyuges**.

La modificación, -que es sustancial-, es que los cónyuges no están obligados jurídicamente a guardarse fidelidad.

Las personas que se casan se deben asistencia y alimentos, pero no están obligados por un vínculo que los constriña jurídicamente a observar la fidelidad.

El art. 431 del Código Civil y Comercial establece que “los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”, pero, al definir la fidelidad con estos alcances, se excluye de un modo expreso que ésta sea un deber jurídico y exigible, una verdadera obligación constitutiva y esencial al compromiso matrimonial.

De acuerdo con el régimen del nuevo Código Civil y Comercial, es indiferente e irrelevante que los cónyuges se guarden recíprocamente fidelidad, lo que constituye una señal extraña y que genera verdadera perplejidad.

El sentido común y la conciencia general del pueblo entiende que, cuando dos personas se casan, se comprometen a ser fieles, se entregan uno a otro, recortan voluntariamente su libertad, sujetándose a la persona que eligen y que quieren, a la que le prometen un cariño exclusivo.

¹ No me refiero al conflictivo tema del matrimonio igualitario porque no es una novedad resultante de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. El matrimonio entre dos personas del mismo sexo fue autorizado por la ley 26.618 que reformó el actual Código Civil. La figura merece mi rechazo pues considero que es de la esencia del matrimonio que se contraiga entre un hombre y una mujer.

² La edad nupcial se mantiene en los 18 años, pero el art. 404 del Código Civil y Comercial admite que los menores, -a partir de los 16 años-, puedan casarse con autorización de sus representantes legales. El tema está tratado por Olga E. Orlandi, en “Matrimonio: Los principales cambios en el derecho sancionado”, Suplemento especial de La Ley, diciembre de 2014, página 7.

En la nueva definición del matrimonio, las cosas varían sustancialmente.

La fidelidad es un ideal moral, pero ya no constituye un deber estrictamente matrimonial, y es dudoso que su inobservancia o violación genere consecuencias jurídicas. ⁽³⁾

En el régimen que comenzará a aplicarse este año, la infidelidad estaría virtualmente permitida, lo que constituye una notoria desvalorización y un empobrecimiento innegable del compromiso matrimonial. ⁽⁴⁾

La situación es francamente desconcertante.

Podrá aducirse que el eclipse del deber de fidelidad obedece a las nuevas normas que organizan el divorcio, instaurando el divorcio unilateral e incausado como único resorte posible.

Pero la explicación no es convincente. Porque puede ser razonable que la ley quiera evitar la proliferación de conflictos y acciones de responsabilidad societaria. Pero este propósito no puede justificar que el ordenamiento jurídico no le exija al administrador de una sociedad una conducta leal e irreprochable.

La norma del art. 1674 del Código Civil y Comercial establece que “el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios...”, y el art. 1676 del nuevo Código Civil y Comercial dice que “el contrato no puede dispensar al fiduciario ... de la culpa o el dolo en que puedan incurrir”.

La fidelidad matrimonial tiene, en el nuevo ordenamiento, menos entidad y trascendencia que los deberes de lealtad y diligencia que constituyen el núcleo de otras relaciones jurídicas basadas en la confianza y la rectitud. ⁽⁵⁾

3.- Otro cambio importante de este título I, -dedicado al matrimonio-, es el que guarda relación con **el proceso de divorcio**.

En el Código Civil que rige actualmente y que regirá hasta fines de julio del 2015, los cónyuges pueden obtener el divorcio vincular de su matrimonio por tres caminos distintos, una acción unilateral fundada en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, una petición, -unilateral o conjunta-, basada en una separación de hecho de tres años de duración, y una presentación conjunta requiriendo la declaración del

³ No es muy claro si la transgresión del deber moral de fidelidad matrimonial puede dar lugar a que el cónyuge víctima de la infidelidad le reclame al responsable el resarcimiento del daño moral. El art. 1737 del Código Civil y Comercial establece que hay daño “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”, y la fidelidad no es un interés reprobado por el derecho. Además, el art. 1738 del Código Civil y Comercial considera incluidas en la indemnización las consecuencias de “la interferencia en su proyecto de vida”, y es innegable que la víctima de la infidelidad tiene razones importantes para aducir que el otro cónyuge ha interferido en el proyecto de vida matrimonial. A favor de la procedencia del resarcimiento del daño se pronuncia Benjamín Moisés, en el trabajo “Divorcio, responsabilidad civil – Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, La Ley, ejemplar del 2 de marzo de 2015, pág. 11,

⁴ Conf. Mazzinghi (h), Jorge A. “El nuevo perfil del matrimonio”, en El Derecho del 4 de junio de 2012.

⁵ Es muy interesante el trabajo de Starópoli, en el que se marcan los efectos negativos y las contradicciones que resultan de la desjuridización de la fidelidad matrimonial. (Starópoli, María del Carmen, “El deber de fidelidad en el Proyecto”, Revista de Derecho de Familia y de las Persona, año VI nº 2 marzo de 2014 pags. 14/20.

divorcio.

En el sistema recientemente sancionado, cualquiera de los cónyuges puede pedir, en cualquier tiempo, la declaración del divorcio, sin necesidad de aducir motivo alguno, ni una separación de hecho prolongada, ni la conformidad del otro cónyuge.

El art. 437 del Código Civil y Comercial establece que “el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno sólo de los cónyuges”, lo que significa que, basta que uno de los cónyuges exprese el deseo de poner fin al matrimonio, para que el Juez tenga que decretar el divorcio. ⁽⁶⁾

Es verdad que el peticionante del divorcio tiene que formular una propuesta para regular los efectos de la ruptura, y es cierto también que esta propuesta puede ser rechazada por el otro cónyuge, y dar lugar a un debate sobre las distintas cuestiones personales y patrimoniales derivadas del divorcio, pero estas controversias no podrán impedir ni dilatar la declaración del divorcio.

El fundamento es que la subsistencia del matrimonio depende de la confirmación y mantenimiento de la voluntad matrimonial, y que, -sin importar lo que haya pasado-, basta que uno de los cónyuges quiera dejar de lado su compromiso para que sobrevenga el divorcio de un modo concluyente e indefectible.

La fragilidad del nuevo sistema legal es verdaderamente llamativa. Al regular los contratos en general, el art. 959 del Código Civil y Comercial establece, -bajo el título de efecto vinculante-, que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

El matrimonio es más endeble que cualquier contrato, y esta es una señal preocupante que puede contribuir a alentar el proceso de frivolidad y descomposición social que nos afecta.

4.- Por último, y también con relación al divorcio, es importante resaltar que el nuevo Código Civil y Comercial introduce **una figura nueva que denomina “compensación económica”**.

Se trata de una suerte de indemnización que uno de los cónyuges le puede reclamar al otro en los casos en los que el requirente ha experimentado “un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura” (conf. art. 441 del Código Civil y Comercial).

La idea tiene interés y está prevista en otros ordenamientos jurídicos. ⁽⁷⁾

Si el matrimonio ha determinado que uno de los cónyuges haya tenido que postergar o

⁶ La figura de la separación personal que regula el art. 201 del Código Civil desaparece en el nuevo Código.

⁷ Ver, al respecto, Fanzolato, Eduardo L., “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2001. También puede consultarse la nota de Néstor E. Solari, “Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código”, publicada en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año IV, nº 9, octubre de 2012, en donde señala que la figura tiene ciertas notas tomadas de los alimentos, los daños y perjuicios, y el enriquecimiento sin causa.

subordinar su crecimiento personal, o si el divorcio mismo ha provocado un desequilibrio importante en la situación y en las perspectivas de desarrollo de ambos cónyuges, el que resulte perjudicado puede reclamar esta compensación que “puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado” (conf. art. 441 del Código Civil y Comercial).

El reclamo de la compensación económica tiene que realizarse dentro de los seis meses siguientes al dictado de la sentencia de divorcio. ⁽⁸⁾

Como los alimentos posteriores al divorcio tienen, -de acuerdo con lo que establece el art. 434 del nuevo Código-, un carácter excepcional y limitado, -sólo a favor del cónyuge enfermo o de quien “no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos”-, estimo que la figura de la compensación económica estará llamada a tener frecuente aplicación.

En los supuestos de matrimonios con hijos, en los que la madre se ha dedicado principalmente a su crianza y educación, postergando en muchos casos su formación o su capacitación laboral, la compensación económica puede ser una buena herramienta para restablecer la desigualdad, equiparando, -aunque sea en parte-, la situación patrimonial y las posibilidades de evolución futura de ambos cónyuges. ⁽⁹⁾

El Código Civil y Comercial regula la compensación económica como una consecuencia del divorcio, y no establece ninguna relación con las conductas y con las responsabilidades de los cónyuges en la ruptura.

En el derecho francés, el juez está autorizado a denegar el reclamo de la compensación que realiza el responsable exclusivo del fracaso matrimonial, ⁽¹⁰⁾

IV. LA POSIBILIDAD DE OPTAR ENTRE DOS RÉGIMENES PATRIMONIALES – LAS NOVEDADES DEL TÍTULO II

En este título, -dedicado a los aspectos patrimoniales del matrimonio-, la gran novedad es la **posibilidad que se le reconoce a los cónyuges para optar entre el régimen de comunidad y el régimen de separación de bienes.**

Ya no va a existir, -como ahora-, un único régimen imperativo e ineludible.

Antes de celebrar el matrimonio, los cónyuges pueden elegir uno de los dos regímenes posibles, el de comunidad, -bastante similar al que regula el Código Civil con el nombre de sociedad conyugal-, o el de separación de bienes, en el que no existen bienes gananciales, conservando el titular la libre administración y disposición de los bienes adquiridos por él, -que son personales-, y respondiendo cada uno por lo suyo.

La opción pueden realizarla los cónyuges antes de la celebración del matrimonio, -en

⁸ La compensación económica también puede reclamarse a consecuencia de la nulidad de matrimonio, (conf. art. 428 del Código Civil y Comercial), o de la ruptura de la unión convivencial. (conf. art. 524 del Código Civil y Comercial)

⁹ Para Graciela Medina, “la tesis del empobrecimiento injusto es la que más convence para fundar el instituto de la compensación económica” (Medina, Graciela, “Compensación económica en el Proyecto de Código”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, n° 1, enero/febrero 2013, pag. 7)

¹⁰ Conf. Moisés, Benjamín; “Divorcio, responsabilidad civil – Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, La Ley, ejemplar del 2 de marzo de 2015, pag. 10 nota 25, en donde se transcribe el art. 270 del Código Francés.

la convención matrimonial que tendrá que hacerse en escritura pública y registrarse como nota marginal-, y también pueden efectuarla ya casados, modificando el régimen inicial.

Es importante destacar que los cónyuges no pueden elaborar un régimen patrimonial determinado, ni tampoco pueden combinar aspectos del régimen de comunidad y otros del régimen de separación, ni anticipar las bases de la liquidación de la comunidad, ni acordar sobre la ganancialidad de algunos bienes específicos; su libertad está restringida y se limita a optar entre uno de los dos regímenes que están detalladamente estructurados en el Código Civil y Comercial. ⁽¹¹⁾

También es interesante remarcar que, a falta de una opción específica, el matrimonio queda sometido al régimen de comunidad (conf. art. 463 del Código Civil y Comercial).

En lo que se refiere al contenido de los dos regímenes posibles, no hay novedades de mucha relevancia.

Sin perjuicio de ello, y cuidando de no exceder el propósito ni los límites de este trabajo, señalaré los principales cambios en el régimen de comunidad.

1.- En lo que se refiere a la **calificación de los bienes como propios y gananciales**, el panorama es muy similar al de la sociedad conyugal.

Hay, sin embargo, algunas diferencias.

De acuerdo con el art. 465 inc. a) del Código Civil y Comercial, se consideran como gananciales los bienes y derechos intelectuales, artísticos o industriales siempre y cuando no se hubieran concluido o interpretado por primera vez antes del comienzo de la comunidad. El criterio importa un cambio, pues el art. 1272 in fine del Código Civil califica como propios del autor o inventor a “los derechos intelectuales, patentes de invención, o diseños industriales” o artísticos.

También hay una diferencia en cuanto a la calificación de los frutos de los bienes propios o gananciales, pues el art. 465 incisos c) y d) del Código Civil y Comercial reputa gananciales a los **devengados** durante la comunidad, y el art. 1272 del Código Civil les reconocía carácter ganancial a los **percibidos** durante el matrimonio, aunque se hubieran devengado con anterioridad.

2.- El **régimen de las deudas** es similar, pues, en principio, cada cónyuge responde con sus bienes propios o gananciales por las deudas que contrae. Si la obligación se asumió para “solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes”, la responsabilidad les compete a los dos cónyuges, y es solidaria.

Si la deuda se contrajo para la conservación o reparación de los bienes gananciales, también responde el otro cónyuge, “pero sólo con sus bienes gananciales” (conf. art. 467 del Código Civil y Comercial). En el esquema anterior, el cónyuge que no había contraído la deuda en esta hipótesis particular, respondía con los frutos de sus bienes

¹¹ Conf. Molina de Juan, Mariel F., “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges”, Suplemento Especial de La Ley, diciembre de 2014, pag. 25. Sostiene la autora: “En consecuencia, el ejercicio de la autonomía personal se encuentra limitado a elegir entre un menú de dos opciones”.

propios o gananciales.

3.- En lo que toca a **la gestión de los bienes de la comunidad**, se mantiene el principio de la libre administración y disposición.

Sin embargo, se requiere el asentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda familiar y los muebles que la adornan (conf. art. 456 del Código Civil y Comercial) –sea propia o ganancial, y aunque no sea el hogar de hijos menores-, así como para enajenar o gravar algunos bienes gananciales como los registrables, las acciones nominativas, -salvo las autorizadas para la oferta pública-, las participaciones en sociedades, y los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (conf. art. 470 del Código Civil y Comercial).

4.- Respecto de **la extinción y liquidación de la comunidad**, hay una novedad importante sobre el momento en el que se produce la extinción en los supuestos de anulación del matrimonio o divorcio, pues el art. 480 del Código Civil y Comercial establece que, si los cónyuges se hallaban separados de hecho sin voluntad de unirse antes de la iniciación de los procesos judiciales, los efectos de la sentencia de nulidad o de divorcio se retrotraen a la fecha de la separación de hecho.

La norma tiene trascendencia pues, en todos los casos en los que los cónyuges se hallen separados de hecho, la disolución del régimen operará a la fecha de la separación.

5.- Por último, y en lo que se refiere a **la liquidación y partición de la comunidad**, las novedades más importantes son la formulación y ampliación de los supuestos de recompensas, y la incorporación de la atribución preferencial.

a) Las recompensas están tratadas en el art. 491 del Código Civil y Comercial, y hay dos aspectos para resaltar: El primero es la admisión expresa del derecho a pretender una recompensa en los supuestos en los que, durante la comunidad, alguno de los cónyuges enajena un bien propio sin reinvertir su precio. La norma presume en este caso que el precio se volcó en beneficio de la comunidad y establece una recompensa a favor del enajenante. El segundo aspecto novedoso resulta del último párrafo del mismo art. 491 del Código Civil y Comercial, en el que se dispone que “si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensar a la comunidad”. La solución legal puede dar lugar a muchas controversias, pues aquí no se trata de una sociedad que decide repartir dividendos, sino que se trata de una participación societaria de carácter propio que aumenta su valor a causa de los buenos negocios o de las ganancias obtenidas por la sociedad. Por lo demás, no está claro si la capitalización sólo se concreta a través de un aumento formal del capital, o si la norma quiere aludir genéricamente a un aumento del valor de la participación societaria por las ganancias acumuladas. ⁽¹²⁾

b) El mecanismo de partición de la comunidad hace remisión, -como también ocurre en el Código Civil actualmente vigente-, a la partición hereditaria. Con esta idea, el art.

¹² La disposición podría tener sentido en los casos en los que la retención de las utilidades aparece como una decisión abusiva, inspirada en el propósito de perjudicar al cónyuge del socio.

500 del Código Civil y Comercial establece que “el inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias”.

La aplicación de las normas de la partición hereditaria a la liquidación de la comunidad conyugal incorpora dos mecanismos absolutamente novedosos, la licitación, - regulada en el art. 2372 del Código Civil y Comercial- ⁽¹³⁾, y los supuestos de atribución a que hacen referencia los arts. 2380 y 2381 del nuevo Código. Al organizar la partición de la comunidad, el Código Civil y Comercial también formula casos de atribución preferencial que coinciden en lo sustancial con los previstos para la partición hereditaria.

La licitación significa que uno de los cónyuges puede ofrecer un precio mayor al de la valuación del bien, y tiene derecho a atribuírselo en este mayor valor. El otro cónyuge no experimenta un perjuicio material, pero se ve impedido de adjudicarse en especie los bienes respecto de los cuales puede tener una inclinación o una sintonía particular.

La atribución preferencial es lo que su nombre indica, una preferencia para adjudicarse determinados bienes que conformaban el patrimonio de la comunidad. Los supuestos son variados, y favorecen a aquél de los cónyuges que adquirió o formó un establecimiento comercial, industrial o agropecuario, a quien ocupaba la vivienda, al que se hallaba profesionalmente vinculado a un bien, al titular de una participación societaria, y otros casos similares.

Si el bien respecto del cual procede la atribución preferencial excede el valor de la cuota-parte ideal del adjudicatario, éste debe abonar la diferencia en dinero, y hasta puede ocurrir que el juez, -según lo prevé la ley-, le otorgue un plazo para completar el pago.

La figura de la atribución preferencial en el marco de la liquidación de la comunidad conyugal puede suscitar problemas delicados, pues uno de los cónyuges puede reivindicar su derecho a atribuirse la mayoría de los bienes, o los más valiosos, o el único bien de naturaleza ganancial, y el otro no tendrá otro remedio que recibir el equivalente en dinero, en el mejor de los casos al contado, y, de lo contrario, en cuotas, lo que no parece una perspectiva apetecible en el contexto de nuestra economía. ⁽¹⁴⁾

V. EL RECONOCIMIENTO Y LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES – NOVEDADES Y ALCANCES DEL TÍTULO III

Las uniones basadas “en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”, -como puede leerse en el art. 509 del Código Civil y Comercial-, no están orgánicamente reguladas en el ordenamiento jurídico actual.

Es verdad que el concubinato o las uniones de hecho generan algunas consecuencias admitidas por el derecho, pero lo cierto es que, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, no había una definición de la figura ni un régimen legal de alcance general. ⁽¹⁵⁾

¹³ Aunque la licitación es una novedad en relación al régimen legal vigente, la figura aparecía en el art. 3467 del Código Civil, en la redacción de Velez Sarsfield, y fue derogada en el año 1968.

¹⁴ Conf. Mazzinghi, Jorge A.M.; “La licitación y la atribución preferencial en el proyecto de nuevo Código”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI n° 8, septiembre de 2014, pag. 107

¹⁵ El concubinato produce efectos de alguna importancia en el ámbito de las leyes laborales. También en

La incorporación de las uniones convivenciales al ámbito del Derecho de Familia constituye una novedad.

El nuevo Código Civil y Comercial se hace cargo de una realidad ciertamente difundida, la de parejas que conviven de un modo estable, y que comparten, -como dice el art. 509-, “un proyecto de vida común”, pero que no se hallan unidas en matrimonio.

La unión convivencial puede estar conformada por un hombre y una mujer, y también puede estar integrada por dos personas del mismo sexo (¹⁶), pero debe tratarse siempre de dos personas vinculadas por “relaciones afectivas de carácter singular”.

A los efectos del encuadre legal, es indiferente que los convivientes de hecho tengan o no hijos.

Las personas que conforman la unión convivencial tienen que ser mayores de edad, no ser parientes en línea recta ni hermanos ni medio hermanos, no tener vínculo de afinidad en línea recta, y no tener ninguno de ellos un vínculo matrimonial o una unión convivencial registrada.

Para que la unión convivencial genere los efectos reconocidos en el nuevo Código Civil y Comercial, es indispensable que la convivencia estable y pública tenga por lo menos dos años de duración.

Este lapso mínimo es trascendente, pues la unión convivencial puede estar registrada o no, pueden las partes haber celebrado o no un pacto de convivencia, pero no generarán efectos jurídicos de ningún tipo si los miembros de la familia de hecho no pueden acreditar una convivencia estable y continua durante un plazo mínimo de dos años. (¹⁷)

Acerca de la prueba de la existencia de la unión convivencial, el art. 512 del Código Civil y Comercial establece, con amplitud, que “la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba”.

La anotación en el registro respectivo es una posibilidad, pero lo que determina el encuadre de las uniones dentro del nuevo régimen legal, es la existencia misma de la unión, -sin impedimentos legales-, y su subsistencia continuada durante un mínimo de dos años.

En otras palabras, si dos personas conviven durante un año y medio en forma pública, estable y exclusiva, no llegan a conformar una unión convivencial y no pueden prevalerse

materia de daños, se admite que el concubino reclame el resarcimiento de los perjuicios materiales derivados de la muerte de la persona a la que se hallaba unida. El art. 257 del Código Civil prescribe que “el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.

¹⁶ El rechazo del matrimonio entre dos personas del mismo sexo se extiende, en algún sentido, a las uniones convivenciales entre dos hombres o dos mujeres. Con todo, tratándose esta última de una situación de hecho, la hipótesis puede acogerse con mas amplitud y flexibilidad que la del matrimonio igualitario.

¹⁷ Es importante resaltar que los efectos generales de la existencia de la unión convivencial se producen de pleno derecho y aunque las partes no lo deseen. Si las personas conviven de modo estable por un mínimo de dos años quedan encuadradas en el régimen del Código Civil y Comercial, lo que importa una suerte de regulación legal forzosa o impuesta por el orden jurídico. La única manera que tienen los convivientes para sustraerse o quedar al margen del esquema legal es dejar de lado la convivencia antes del transcurso del plazo de dos años.

de los derechos establecidos en el nuevo código.

Para explicar del modo mas claro el encuadre jurídico y los efectos derivados de la existencia de una unión convivencial, es importante distinguir entre dos situaciones distintas, la de los convivientes que no han formalizado ningún pacto expreso entre ellos, y la de las parejas que, al registrar su unión, han inscripto en el mismo registro un pacto de convivencia específico que regule de un modo particular distintos aspectos de la vida en común.

1. Por el **solo hecho de convivir de un modo estable y singular durante un mínimo de dos años**, las partes de la unión convivencial están obligadas a prestarse asistencia recíproca (conf. art. 519 del Código Civil y Comercial). Aunque la ley no hable expresamente de alimentos, la asistencia es un concepto amplio que, en su aspecto material, comprende el deber alimentario recíproco.

De acuerdo a lo estipulado en el art. 520 del Código Civil y Comercial, -que remite al art. 455 del mismo Código-, los convivientes están obligados a “contribuir a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes en proporción a sus recursos” (conf. art. 455 del Código Civil y Comercial).

La gestión de los bienes adquiridos por ellos es independiente y autónoma, y cada parte responde por sus deudas, salvo las que hubieran contraído “para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes”, en cuyo caso la responsabilidad es solidaria (conf. art. 461 del Código Civil y Comercial).

Cuando la unión convivencial no está registrada, y las partes no han celebrado un pacto de convivencia, el titular del hogar puede disponer libremente del inmueble donde está asentado.

Queda claro, entonces, que la unión convivencial no tiene un régimen de bienes específico, y que la libertad para disponer del hogar conyugal, -no mediando pacto de convivencia-, no tiene restricciones.

La unión convivencial no genera un vínculo formal, ni tiene efectos hereditarios.

2. Al margen del régimen que he descripto en el apartado anterior, y que es aplicable a cualquier unión convivencial, **las partes pueden celebrar y registrar un pacto de convivencia** previendo, entre otras cuestiones, las pautas de contribución a los gastos del hogar, la atribución del hogar en caso de ruptura, y la forma de división de “los bienes obtenidos por el esfuerzo común” (conf. art. 514 del Código Civil y Comercial).

Estos pactos no pueden ir contra el principio de igualdad, ni contra derechos fundamentales de los integrantes de la unión, pero pueden prever un régimen específico de contribuciones a los gastos, un criterio anticipado para distribuir los bienes adquiridos durante la convivencia, incluyendo el propio hogar conyugal. ⁽¹⁸⁾

En lo que se refiere al hogar común, la unión convivencial debidamente registrada tiene

¹⁸ Es curioso que, en este orden, los convivientes pueden regular por anticipado la forma de dividirse entre ellos los bienes adquiridos durante la convivencia, lo que no pueden hacer los cónyuges sometidos al régimen de comunidad.

una estructura jurídica que se parece más al matrimonio, al punto de que, -según lo establece el art. 522 del Código Civil y Comercial-, “si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta”. (conf. art. 522 del Código Civil y Comercial)

La norma transcrita alude a la necesidad del asentimiento para disponer sobre el hogar familiar y sus muebles en el caso de las uniones convivenciales inscriptas, -con o sin pacto de convivencia-, lo que marca una diferencia importante con las uniones convivenciales no registradas, en las que el titular puede disponer del hogar familiar y de los muebles sin el asentimiento del otro miembro de la pareja. ⁽¹⁹⁾

3. En este punto, me ocuparé de **las consecuencias del cese de las uniones convivenciales.**

Las uniones convivenciales cesan en los supuestos estipulados por el art. 523 del Código Civil y Comercial, la muerte, el matrimonio o el establecimiento de una nueva unión convivencial, por la voluntad de ambos o de uno solo de los miembros de la pareja, y, finalmente, por el hecho de interrumpir la convivencia.

Es muy importante destacar que, al igual que en el matrimonio, la parte de la unión convivencial que experimenta un empeoramiento de su situación económica a causa de la convivencia o su ruptura, “tiene derecho a una compensación” (conf. art. 524 del Código Civil y Comercial).

Si, por ejemplo, una de las partes ha tenido que dejar un trabajo importante para iniciar la convivencia con la otra, en una ciudad distinta a aquella en la que vivía y trabajaba, o ha tenido que cerrar el consultorio en el que atendía a sus pacientes para centrar sus esfuerzos en la atención de los hijos comunes, podrá requerirle a la otra una compensación económica que restablezca el equilibrio entre las situaciones de ambas. ⁽²⁰⁾ El reclamo tendrá que hacerlo, -al igual que los cónyuges-, dentro de los seis meses siguientes al cese de la convivencia.

En lo que se refiere al uso de la vivienda común, y a falta de acuerdo entre las partes, el juez tendrá que atribuírselo a aquél que tenga hijos menores a su cuidado, o que tenga mayor necesidad. El plazo de la atribución no puede ser superior a dos años. (conf. art. 526 del Código Civil y Comercial). ⁽²¹⁾

¹⁹ Nora Lloveras se hace cargo del diferente alcance de la protección de la vivienda, y lo explica a partir de la necesidad de contar con una fecha precisa para exigir el asentimiento del conviviente. (Lloveras, Nora, “Uniones convivenciales: Efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, Suplemento Especial de La Ley, diciembre de 2014, pag. 111/12).

²⁰ Yo no comparto la afirmación de Lloveras en el sentido de que la compensación económica podría haberse previsto en el pacto de convivencia. La ley no contempla la posibilidad de un modo expreso y, en el supuesto de los matrimonios, el acuerdo de los cónyuges sobre la procedencia y el importe de la compensación sólo puede darse en ocasión del divorcio. (Lloveras, Nora; “Uniones convivenciales: Efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, Suplemento especial de La Ley, diciembre de 2014, pag. 121)

²¹ El plazo máximo de dos años es llamativo, pues puede ocurrir que la convivencia se hubiera mantenido por diez o por veinte años, y que el conviviente al que se le hubiera otorgado el uso de la vivienda, la compartiera con hijos menores, y, sin embargo, su derecho a utilizarla no puede superar los dos años.

El mismo plazo máximo de dos años rige para el conviviente supérstite que se queda habitando el hogar luego de la muerte de su pareja y titular del inmueble. (conf. art. 527 del Código Civil y Comercial).

VI. ALGUNAS POCAS NOVEDADES EN EL TITULO IV SOBRE PARENTESCO

El título dedicado al parentesco tiene una estructura muy similar a la del Código Civil actual.

Al comienzo del título, el nuevo Código Civil y Comercial explica, -como también lo hace el Código Civil-, cómo se distinguen las líneas y cómo se cuentan los grados del parentesco natural y por afinidad. Luego de esta suerte de presentación teórica, el Código Civil y Comercial aborda el tema de los efectos del parentesco, y trata lo relativo a la obligación alimentaria, -en la primera sección del capítulo 2-, y lo atinente al derecho de comunicación entre parientes, -en la segunda sección del mismo capítulo 2-.-

El régimen legal del nuevo Código es muy parecido al del Código Civil. Hay algunas novedades, -de escasa relevancia-, que enunciaré en los apartados que siguen:

1.- En materia de **alimentos**, los obligados son los mismos, -los ascendientes y descendientes, los hermanos bilaterales y unilaterales, y los parientes por afinidad en línea recta y en primer grado-, pero hay una modificación en lo que se refiere al **derecho a repetir los alimentos ya abonados**. Sobre este punto, el art. 371 del Código Civil dispone que “el pariente que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los parientes se hallen en el mismo grado y condición que él”. El art. 549 del nuevo Código Civil y Comercial cambia sustancialmente el criterio y establece que, quien hubiere prestado alimentos a un pariente, “puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que cada uno le corresponde”.

La solución aparece como mas solidaria, pero su aplicación puede volverse conflictiva si quien está satisfaciendo voluntariamente los alimentos de un pariente, -un hermano, por ejemplo-, se vuelve sorpresivamente contra sus otros hermanos, -que no los están pagando-, y les reclama una contribución retroactiva respecto de lo ya abonado por él.

2.- En cuanto a la **retroactividad de los alimentos**, el nuevo Código Civil y Comercial amplía sus alcances, pues, en lugar de prescribir que rigen desde el inicio de la mediación, o desde la promoción de la demanda judicial, lleva la retroactividad a “la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación” (conf. art. 548 del Código Civil y Comercial).

3.- El Código que comenzará a regir en el mes de agosto del corriente año 2015 **es mucho mas severo y terminante con el incumplidor de los alimentos**. Este mayor rigor, -que es saludable-, resulta de la norma del art. 550 del Código Civil y Comercial, en la parte que autoriza expresamente al titular de los alimentos para requerir la traba de medidas cautelares “para asegurar el pago de alimentos futuros”, y del art. 552 del mismo

Código que dispone la aplicación de la tasa de interés mas alta que “cobran los bancos a sus clientes”, a la que el juez podrá adicionar una tasa complementaria, -y mas gravosa para el deudor-, “según las circunstancias del caso”.

4.- Por último, y en lo que se refiere al **derecho de comunicación entre parientes**, el Código Civil y Comercial lo consagra, -como el Código Civil-, a favor de los ascendientes y descendientes, hermanos y medios hermanos, y parientes por afinidad en primer grado, -los mismos que están obligados alimentariamente-, pero el art. 556 del nuevo cuerpo legal extiende el derecho a reclamar la comunicación a todos aquellos “que justifiquen un interés afectivo legítimo”.

A la luz de lo establecido en esta norma, los jueces podrían verse constreñidos a resolver sobre el pedido de un régimen de comunicación formulado por los tíos de un menor, o por los sobrinos o cuñados de una persona con la capacidad restringida, o por los parientes de sangre de un menor entregado en adopción plena, u otras situaciones del tipo.

VII. LA GRAN NOVEDAD DE LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y OTRAS NOVEDADES DEL TÍTULO V SOBRE FILIACION

El título V del libro II del Código Civil y Comercial se refiere a la filiación, y no hay ninguna duda de que, en esta materia, la novedad más significativa son las reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida.

La cuestión está específicamente tratada en el capítulo 2 del título V, pero las distintas situaciones que se presentan a raíz de la utilización de estas técnicas merecen una consideración especial en varios de los otros capítulos del título sobre filiación.

1.- El Código Civil y Comercial comienza por establecer, -en el art. 560-, que, para utilizar las técnicas de reproducción humana asistida **es indispensable contar con el “consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten” a tales mecanismos.**

Este consentimiento debe reunir los requisitos formales que resultarán de una reglamentación específica, para su posterior protocolización ante escribano público, o registro ante la autoridad sanitaria y tendrá que inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El art. 561 del Código Civil y Comercial, en su parte final, dispone que el consentimiento puede revocarse antes de la concepción en la persona, -lo que es lógico-, y puede revocarse también antes de la implantación del embrión. En este último supuesto, -la revocación anterior a la implantación del embrión-, cabe suponer que el embrión ya tiene existencia como tal, y que hay vida humana, por lo que resulta inexplicable y francamente censurable que la ley tome en cuenta la revocación y se desentienda del destino de ese embrión que los participantes iniciales de las técnicas de reproducción contribuyeron a crear.

La vida comienza con la concepción ⁽²²⁾, y no hay razón alguna para distinguir entre la concepción natural en la persona y la que se produce por técnicas que culminan en la creación del embrión.

Avanzando en el tema, y suponiendo que se formalizó el consentimiento, y que no medió revocación, el art. 562 del Código Civil y Comercial establece con claridad que los nacidos a través de técnicas de reproducción humana asistida “son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento ... con independencia de quien haya aportado los gametos”.

Quiere decir que **los padres son la mujer que dio a luz la criatura y el hombre o la mujer que quisieron poner en marcha el proceso que culminó con el nacimiento.**

Podría ocurrir que los gametos masculinos y femenino fueran de otras personas distintas a las que expresaron el consentimiento, o que la madre aportara el óvulo y el esperma fuera de un tercero. La titularidad del material genético no incide en la determinación de la paternidad y de la maternidad; ésta resulta del alumbramiento y de la suscripción del consentimiento informado debidamente inscripto en el Registro Civil.

El recién nacido es hijo de la mujer que lo llevó en su seno , y es hijo también del hombre o de la mujer que otorgaron su consentimiento para recurrir a las técnicas que posibilitaron el nacimiento.

El art. 558 del Código Civil y Comercial establece que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales”, pero lo que sí puede ocurrir es que alguien tenga dos madres, que sea hijo o hija de la mujer que lo hizo nacer y de una segunda mujer que fue también titular de la voluntad procreacional.

Si los otorgantes del consentimiento informado son un hombre y una mujer, el recién nacido será hijo de ambos, y lo será aunque alguno de ellos, -o ninguno de los dos-, haya aportado el material genético que hizo posible la fecundación y el posterior nacimiento.

Cuando los gametos pertenecen a una persona distinta a los padres, debe quedar constancia en un legajo especial vinculado a la inscripción del nacimiento, y estos datos sólo pueden ser revelados a pedido de las personas nacidas por las técnicas de reproducción asistida. (conf. arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial)

2.- El hecho de haber acudido a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida no incide en la determinación de la maternidad, pues ésta resulta siempre de “la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”, como dice expresamente el art. 565 del nuevo Código Civil y Comercial.

El principio de la atribución de la maternidad en base al nacimiento excluye el mecanismo del alquiler de vientres o de la maternidad subrogada, pues, de acuerdo con las pautas legales, sólo puede ser madre la mujer que da a luz al nuevo ser. ⁽²³⁾

En cambio, la utilización de las técnicas de reproducción asistida **sí tiene relevancia y puede alterar el juego de las presunciones de las que resulta la filiación matrimonial.** Porque el art. 566 del Código Civil y Comercial establece que se presumen hijos del o de

²² Conf. art. 19 del Código Civil y Comercial.

²³ El criterio es el mismo que establece el Código Civil actual en el art. 242.

la cónyuge los nacidos después del matrimonio, y hasta un cierto lapso, pero esa misma norma aclara que esta presunción “no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo...”.

Es que, en estos supuestos de fecundación artificial, lo que importa es la suscripción y el registro del consentimiento informado.

Podría ocurrir que, durante la vigencia del matrimonio, uno de los cónyuges quisiera celebrar con otra persona un acuerdo para tener un hijo por técnicas de reproducción asistida, y, en este caso, la filiación les será atribuida a los firmantes del consentimiento y no al otro cónyuge que no supo nada o no quiso formar parte del proyecto.

La utilización de las técnicas **también incide en la determinación de la filiación extramatrimonial.**

Porque, en términos generales, la filiación extramatrimonial resulta del reconocimiento o de la atribución judicial. Pero, en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, lo único que importa es el consentimiento informado, al extremo de que, si en la reproducción artificial se utilizaron gametos de un tercero, éste no puede reconocer su paternidad. El mecanismo de las técnicas de reproducción asistida constituye una valla que bloquea e impide el reconocimiento de la filiación por un tercero. (conf. art. 575 in fine del Código Civil y Comercial)

3.- Con el evidente propósito de evitar que la utilización de pruebas que evidencian la realidad genética pueda interferir o afectar la filiación resultante de la fecundación asistida, el art. 577 del Código Civil y Comercial establece de un modo categórico: “No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas ... con independencia de quien haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo de vínculo filial respecto de éste”.

La norma transcripta quiere impedir cualquier conflicto jurídico y poner a resguardo la filiación que resulta de la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

El reconocimiento y las acciones de filiación están dirigidos y procuran poner a la luz la realidad genética y natural.

El precepto que **le cierra el camino al reconocimiento y a las acciones de filiación en los casos de reproducción asistida** busca reforzar una realidad que se sabe y se asume como artificial.

En la reproducción por técnicas médicas, lo único que importa es la voluntad de los que quieren ser progenitores, y la realidad genética se subordina y se somete a este escenario que es artificial y que está construido sobre la expresión formal de un consentimiento libre e informado.

El sistema, -muy cuestionable, por cierto-, posterga los derechos del niño, en particular, su derecho a la identidad y el derecho a establecer y mantener un vínculo jurídico con las personas que han aportado el material genético, posibilitando el

nacimiento.

4.- Por último, hay una novedad importante que no está referida a las técnicas de reproducción asistida.

Me refiero a la norma del art. 590 del Código Civil y Comercial que regula el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial.

Este precepto amplía la legitimación activa estipulando que la acción de impugnación puede ser ejercida por el hijo, por la madre, por el o la cónyuge, “y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo”.⁽²⁴⁾

Pero hay algo más. El art. 259 del Código Civil que está vigente establece que el marido puede impugnar su paternidad, y que la acción caduca “si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento”.

Este plazo, -tan breve-, ha dado lugar a distintos pronunciamientos judiciales. En algunos de ellos se declaró la inconstitucionalidad del plazo de caducidad, atendiendo a que el marido podía desconocer que él no era, en verdad, el padre del hijo de su mujer.⁽²⁵⁾

El art. 590 del nuevo Código mantiene el plazo de caducidad de un año, pero dice que el año corre “desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume”.

La segunda alternativa, -desde que supo que podía no ser el padre-, atenúa el rigor, quizás excesivo, de la disposición actual, y flexibiliza el ejercicio de la acción de impugnación por parte del marido.

VIII. NOVEDADES VINCULADAS A LA ADOPCIÓN – LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD Y LAS FACULTADES JUDICIALES PARA DEFINIR EL ESTADO DE LOS VÍNCULOS

No son muchas ni demasiado trascendentes las novedades que introduce el nuevo Código Civil y Comercial en materia de adopción.

Su otorgamiento sólo puede resultar, -como ahora-, de una sentencia judicial, y los requisitos para adoptar y para ser adoptado son, -con algunas variantes-, los mismos que se exigen actualmente.⁽²⁶⁾

Los aspectos que merecen un tratamiento especial son los siguientes:

1. El nuevo esquema legal incorpora una nueva figura que es la declaración judicial

²⁴ El Código Civil actual sólo le reconoce legitimación al hijo y al cónyuge. La ampliación de la legitimación a cualquiera que invoque un interés legítimo importa abrir la puerta a los reclamos de los terceros que hubieran mantenido relaciones con la mujer casada, lo que parece inconveniente. En un reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se reafirmó la constitucionalidad de la legitimación activa restringida al hijo y al marido de la madre. Comentando el fallo, sostiene Fernando Millán: “La situación del padre matrimonial y el presunto padre de un menor no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias”. (Millán, Fernando, “La falta de legitimación activa del padre biológico en la acción de impugnación de paternidad matrimonial”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, nº 7, agosto de 2014, pag. 49)

²⁵ Conf. C. Familia 1ª Nominación Córdoba, 2002/10/23, La Ley fallo nº 105.386. C.N.Civil, Sala J, mayo 3-2005, El Derecho fallo nº 53.516.

²⁶ En el supuesto caso de que los adoptantes sean un matrimonio, o los miembros de una unión convivencial, el art. 599 del nuevo Código no requiere, -como lo hace el art. 315 inc. a) del Código Civil-, un plazo mínimo de tres años. La edad mínima para adoptar se fija en 25 años en vez de 30 años. La diferencia de edad entre adoptante y adoptado, -que ahora es de 18 años-, pasa a ser de 16 años.

respecto de que el niño a ser adoptado se encuentra en situación de adoptabilidad. Se trata de una resolución judicial previa al otorgamiento de la guarda, una suerte de preámbulo necesario, un primer paso en el camino hacia la adopción.

Su dictado requiere que se configure alguna de estas circunstancias:

- Que el menor de cuya adopción se trata no tenga filiación acreditada, o que sus padres hayan fallecido, y, en ambos casos, que se hubieran agotado los esfuerzos para ubicar otros familiares de origen.
- Que los padres de sangre hubieran tomado “la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado” (conf. art. 607 inc. b) del Código Civil y Comercial)
- Que no hayan dado resultado las medidas y los esfuerzos tendientes a mantener al niño insertado en el marco de su familia de origen.

Configurada alguna de estas situaciones, el juez, -previa audiencia del menor, de sus representantes, del organismo administrativo interviniente, y del Ministerio Público-, deberá pronunciarse declarando, en su caso, al menor en situación de adoptabilidad.

Si la resolución fuera positiva, y declarara el estado de adoptabilidad, el juez tendrá que requerir los legajos del registro de adoptantes y avanzará en “el proceso de guarda con fines de adopción” (Conf. art. 609 inc. c) in fine del Código Civil y Comercial).

El otorgamiento de la guarda, -como ocurre ahora-, sólo puede realizarlo el juez, quedando prohibida la entrega directa o administrativa de menores en guarda.

Para reforzar esta prohibición, el art. 611 del Código Civil y Comercial establece que, -de optarse por cualquier otro camino distinto a la guarda judicial-, el juez podrá “separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador”, salvo que medie un vínculo de parentesco entre los padres del menor y los encargados de su guarda.

2. El nuevo Código Civil y Comercial distingue tres tipos de adopción, la plena, -que vincula al adoptado con la familia del adoptante-, la simple, -que mantiene los vínculos del adoptado con su familia de origen, y es revocable-, y la adopción de integración que es la que se confiere a favor del cónyuge del progenitor de origen.

En este aspecto, el panorama no cambia sustancialmente, pues la adopción plena y la simple están reguladas en el Código Civil con perfiles similares a los del nuevo Código, y la adopción de integración también está prevista como posibilidad en los arts. 312, 313, 316 y conc. del Código Civil.

La novedad más significativa aparece en la norma del art. 621 del Código Civil y Comercial.

Porque, a pesar de que la adopción plena es irrevocable y borra el vínculo del adoptado con su familia de origen, y a pesar de que la adopción simple sólo crea vínculo entre el adoptante y el adoptado, el art. 621 del nuevo Código le reconoce amplias facultades al juez para modificar y redefinir el estado de los vínculos familiares.

La norma es curiosa porque, -invocando el superior interés del niño-, el juez podrá determinar que, en la adopción plena, el adoptado mantiene sus vínculos “con uno o varios parientes de la familia de origen”, y también podría decidir, -en la adopción

simple-, que el adoptado se relacione jurídicamente con los otros miembros de la familia del adoptante.

Estas resoluciones darán lugar a la configuración de situaciones especiales o particulares, modificando las pautas generales de la adopción plena y de la simple.

El art. 621 del Código Civil y Comercial dispone que si el juez establece estos vínculos particulares, más allá del esquema general de los respectivos tipos de adopción, “no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción”.

Esta directiva de respeto a las pautas generales se contradice un tanto con lo que está previsto en el art. 624 del Código Civil y Comercial, en la parte que dice que, decretada la adopción plena, el adoptado puede promover acción de filiación contra sus progenitores de origen “a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios”.

IX. NOVEDADES DEL TÍTULO VII SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Aunque el Código Civil y Comercial ya no habla de patria potestad sino de responsabilidad parental, el concepto y las notas esenciales del instituto se mantienen inalteradas.

La definición del artículo 638 del Código Civil y Comercial es prácticamente calcada de la que el Código Civil contiene en el art. 264. Dice el nuevo texto: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Como puede verse, el concepto es el mismo, pero la nueva regulación tiene algunas novedades importantes en lo atinente al ejercicio de la responsabilidad parental, el régimen del cuidado personal, -ya no se habla de tenencia-, los alcances del deber alimentario, y la atribución del usufructo de los bienes de los menores de edad a ellos mismos, y no a sus padres.

A fin de no exceder el propósito y los límites de este trabajo, presentaré las novedades muy sucintamente:

1.- En lo que se refiere al **ejercicio de la responsabilidad parental** hay un cambio importante.

El Código Civil dispone que, cuando los progenitores conviven, el ejercicio de la patria potestad les corresponde a ambos en forma conjunta, y que, en el caso de estar los padres separados de hecho, separados personalmente, o divorciados, el ejercicio de la patria potestad le cabe “al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro a tener adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación” (conf. art. 264 inc. 2º del Código Civil).

El nuevo Código Civil y Comercial establece que el ejercicio de la responsabilidad parental es conjunto en las dos hipótesis, si los padres conviven, y también en el caso de hallarse separados, o divorciados, o de haberse anulado su matrimonio.

El cambio tiene relevancia, pues se acentúa la idea de que el cuidado y la responsabilidad sobre los hijos es siempre una tarea que compete a los dos progenitores, independientemente de la situación de convivencia o de separación que ellos tengan.

Se presume, -al igual que ahora-, que los actos o las decisiones de uno de los padres cuenta con la conformidad y la anuencia del otro, y, en caso de desacuerdo, no queda otro remedio que la instancia judicial. Si los conflictos son reiterados, y afectan al menor, el juez puede atribuirle el ejercicio de la responsabilidad parental a uno de los progenitores, o distribuir las cargas y las competencias entre ellos. (conf. arts. 641 inc. 2 y 642 del Código Civil y Comercial)

Los actos que requieren la conformidad expresa de ambos progenitores están enunciados en el art. 645 del nuevo Código, y son prácticamente los mismos que figuran en el art. 264 quater del Código Civil.

Siempre en relación al ejercicio de la responsabilidad parental, el art. 643 del Código Civil y Comercial prevé la posibilidad de que los padres le deleguen el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, -uno de los abuelos del menor, el cónyuge de alguno de los progenitores-, lo que constituye una novedad, y una excepción a la indelegabilidad de la función paterna. La norma establece que la delegación sólo puede ser por un año, y extenderse, por razones fundadas, por un año más.

2.- En cuanto al **cuidado personal del menor**, el Código recientemente sancionado establece una clara preferencia por lo que denomina el régimen de cuidado compartido e indistinto.

Significa, -según resulta del propio texto del art. 650 del Código Civil y Comercial-, que el menor “reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Mas allá de las denominaciones, -cuidado compartido alternado o indistinto-, lo que el nuevo Código quiere favorecer es que la tarea de la formación y ayuda en el crecimiento del menor sea en todos los casos una tarea conjunta.

Por eso, cuando se plantea la hipótesis del cuidado unipersonal, -que define en el art. 653 como excepcional- dispone que el juez deberá adjudicarle el cuidado, -la actual tenencia-, “al progenitor que facilite el derecho a mantener trato regular con el otro”.

El mensaje, -que veo positivo-, es que ninguno de los padres se sienta y actúe como si fuera el “dueño” del hijo común.

El Código Civil y Comercial rechaza la terminología que habla de un titular de la tenencia y de un progenitor restringido a tener algunas visitas; prefiere pensar en una labor de educación y guía compartida y estructurada en beneficio del interés del menor.

Por eso el art. 654 del Código Civil y Comercial insiste, -con algo de ingenuidad-, que “cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”.

El propósito de la ley es claro; habrá que ver como pueden aplicarse los nuevos conceptos a la realidad muchas veces conflictiva de tantas parejas y matrimonios que

trasladan sus peleas y desencuentros a la relación con los menores.

3.- En lo tocante al **deber alimentario de los padres en beneficio de sus hijos**, las novedades no son demasiado trascendentes.

Los obligados a pasar alimentos son, -como ahora-, los dos progenitores “conforme a su condición y fortuna”, y el contenido de la obligación alimentaria no tiene variantes. (conf. art. 658 y 659 del Código Civil y Comercial)

Hay dos novedades que tienen sí alguna importancia práctica.

La primera es que se extiende el deber alimentario hasta los 25 años, en los casos en los que el hijo esté cursando estudios o se esté preparando para una profesión o un oficio que le requieran una dedicación intensa y que le impidan sostenerse.

La segunda es que se decide el tema de la legitimación activa para reclamar alimentos y para cobrar y administrar la cuota entre los 18 y los 21 años del titular de los alimentos. Si éste convive con uno de los progenitores, -por lo general, con la madre-, ella puede continuar representando a su hijo en orden al reclamo de alimentos, o a la pretensión de un aumento, y también puede cobrar y administrar la cuota del hijo mayor.

El art. 662 del Código Civil y Comercial que fija estas pautas, también dispone, -con buen criterio-, que puede separarse una parte de los alimentos para que sea percibida directamente por el titular, “destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes”.

Interpreto que lo que es muy probable que ocurra es que el grueso de la cuota del hijo mayor que convive con su madre, -o eventualmente con su padre-, será cobrado y administrado por la progenitora, y que una proporción menor, -para los gastos cotidianos y mas ligados a las necesidades inmediatas del hijo titular de los alimentos-, sea administrada, en forma directa, por este último.

4.- En lo que respecta al **usufructo sobre los bienes de los hijos menores**, el cambio es muy grande.

El art. 287 del Código Civil vigente hasta mediados del corriente año dispone que “los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos”.

El art. 697 del Código Civil y Comercial modifica sustancialmente el criterio que rige desde siempre y establece que “las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste”.⁽²⁷⁾

Los padres tienen sí el derecho a administrar los bienes de sus hijos, pero deben procurar que el usufructo generado por tales bienes se mantenga reservado hasta la mayoría de edad.

La ley autoriza a los padres a utilizar las rentas de los bienes de sus hijos para afectarlos a atender los gastos de subsistencia, educación, asistencia en las enfermedades y conservación del capital, pero está claro que, en todo lo que exceda de estos requerimientos, el usufructo debe conservarse para los hijos.

²⁷ Conf. Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo; “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno”, en Jurisprudencia Argentina, 2007, IV, número especial.

X. LOS PRINCIPIOS Y LAS PAUTAS QUE DEBERÁN APLICARSE EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

El último título del libro II del nuevo Código Civil y Comercial contiene una serie importante de directivas y reglas procesales aplicables a los procesos en materia de familia.

En este título, -el octavo del libro II-, se fijan principios procesales y se establecen pautas respecto de la participación de los menores y de las personas con capacidad restringida, la prueba, normas especiales sobre las acciones de estado de familia, reglas sobre competencia, y disposiciones relativas a las medidas provisionales que resultan aplicables a las personas involucradas en procesos de divorcio y nulidad de matrimonio, y a los patrimonios afectados por ellos.

Es llamativo que el Código Civil y Comercial legisle sobre cuestiones de índole procesal que, de acuerdo con los principios constitucionales, estuvieron siempre reservadas a las provincias.

En los primeros comentarios sobre las directivas procesales incorporadas al Código de fondo, se ha justificado la solución con el argumento de la conveniencia de unificar la estructura del proceso de familia. ⁽²⁸⁾

Más allá del debate respecto de la pertinencia de la regulación, enunciaré en forma sucinta las principales novedades del nuevo título VIII.

1.- En el capítulo 1 se enumeran los principios generales de los procesos de familia, - tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad, y acceso limitado al expediente-, y se pone de resalto, -como una consecuencia de la intermediación-, la necesidad de escuchar y tener principalmente en cuenta la opinión de los menores y de las personas con capacidad restringida (conf. art. 707 del Código Civil y Comercial).

En lo que se refiere a la prueba en los procesos de familia, se proclama el principio de la amplitud de la prueba y se establece que la carga pesará sobre quien esté “en mejores condiciones de probar”. (conf. art. 710 del Código Civil y Comercial).

El último artículo del capítulo dispone que podrán ofrecerse como testigos a “los parientes y allegados a las partes”, lo que importa admitir la posibilidad de que comparezcan como testigos los padres, los hijos, y el cónyuge de las partes. ⁽²⁹⁾

La formulación inclusiva de la nueva norma deja en manos del juez la facultad de eximir a los parientes o a los menores que se nieguen a declarar, lo que constituye una prueba más del amplio margen de maniobra que el nuevo Código le reconoce al juez en muchos temas, y también en este.

2.- El capítulo 2 está dedicado a las acciones de estado de familia y el capítulo 3 al

²⁸ Conf. De los Santos, Mabel Alicia, “Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial”, en Suplemento Especial de La Ley, diciembre de 2014, pag. 126.

²⁹ La norma del nuevo Código tiene un alcance más amplio y comprensivo que el art. 427 del Código Procesal de la nación, pues éste consideraba testigos excluidos “a los consanguíneos o afines en línea directa de las partes y al cónyuge”.

interesante y siempre complejo tema de la competencia.

Acercas de esta última cuestión, el art. 716 del Código Civil y Comercial dispone que, en todos los procesos que tengan relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, “es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.

El propósito de la norma es privilegiar y favorecer el interés del menor, pero es importante alertar sobre los problemas prácticos que podrán derivarse de un precepto tan enfático.

El art. 716 del Código Civil y Comercial debe aplicarse a los procesos principales que involucren a menores, y también a los que se sustancien para modificar lo resuelto en otras jurisdicciones, y, además, hace referencia al centro de vida que el menor tenga en el momento en que se plantea la cuestión.

Quiere decir que, si uno de los progenitores decide unilateral e inconsultamente modificar en los hechos el centro de vida del menor, -mudándolo, por ejemplo, de la provincia de Jujuy a la provincia de Chubut-, el proceso tendrá que tramitar forzosamente en el nuevo domicilio, aunque todas las partes interesadas hubieran vivido, hasta la fecha de la mudanza, en la provincia norteña, aunque existieran otros juicios radicados en Jujuy, y aunque el progenitor separado del niño continuara viviendo en esta última provincia.

La solución no parece razonable. ⁽³⁰⁾

3.- En el capítulo 4 del título VIII, -con el que se cierra el libro segundo sobre las relaciones de familia-, se aborda el tema, -siempre delicado-, de las medidas provisionales.

El nuevo Código, -que no es particularmente innovador sobre este punto-, distingue entre las medidas provisionales relativas a las personas, y las relacionadas con los bienes.

Respecto de las primeras, el art. 721 del Código Civil y Comercial establece que, en los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio, el juez podrá decidir la exclusión del hogar, la atribución del uso a favor de uno de los cónyuges, la fijación, en su caso, de una renta a favor del excluido, la entrega de los efectos personales, otras medidas sobre el cuidado y sostenimiento de los hijos, y, de corresponder, alimentos a favor de alguno de los cónyuges.

En materia de bienes, tampoco hay mayores novedades, pues el art. 722 del Código Civil y Comercial alude a “las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro”.

Por último, el art. 723 del Código Civil y Comercial extiende las medidas provisionales que pueden adoptarse en el ámbito matrimonial a las uniones convivenciales, “en cuanto sea pertinente”, lo que es lógico, pues las uniones

³⁰ Conf. Mizrahi, Mauricio Luis: “El niño y las cuestiones de competencia”, La Ley, 2012-E pag. 1188, en donde plantea que el criterio legal debe ceder cuando la residencia actual del niño es el resultado de una decisión inconsulta y arbitraria de uno de los progenitores.

convivenciales producen ahora efectos importantes, y las que están inscriptas, -habiendo suscripto las partes un pacto de convivencia-, pueden poner sobre el tapete cuestiones bastante similares a las que la ruptura matrimonial produce sobre los bienes adquiridos por los cónyuges.

XI. CONCLUSIONES

Como dije al comienzo del trabajo, el propósito es pasar revista a las principales novedades que trae el nuevo Código Civil y Comercial en materia de relaciones de familia.

Hay modificaciones importantes en casi todos los temas, pero las más significativas tienen que ver con los deberes matrimoniales, el divorcio unilateral e incausado, la aceptación de las uniones convivenciales, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, y algunas soluciones específicas vinculadas a la responsabilidad parental y a los dos regímenes de bienes en el matrimonio.

Hay un reconocimiento creciente y amplio de la autonomía de la voluntad y un retroceso del orden público familiar.

En muchos aspectos, el Código Civil y Comercial delega en los jueces la posibilidad de modificar y de definir los perfiles de distintas instituciones y situaciones jurídicas. ⁽³¹⁾

A raíz de esta última característica, la interpretación judicial y doctrinaria de las nuevas disposiciones va a tener una relevancia decisiva.

El presente trabajo es una primera aproximación a la normativa del nuevo Código. Transcurrido un cierto lapso, será necesario realizar un nuevo análisis, más detenido y más profundo, a la luz de los criterios que comiencen a instalarse a partir de la aplicación concreta del nuevo cuerpo legal.

³¹ Los jueces tienen un amplio margen que puede notarse en la precisión de los actos que puede realizar por sí el menor de edad (art. 26 del nuevo Código), en la valoración del convenio regulador del divorcio y en la definición de las garantías (arts. 438 y 440), en el otorgamiento de la compensación económica (art. 442), en la apreciación de la relación del cónyuge con el establecimiento o negocio en la atribución preferencial y en la concesión de plazos para cancelar la diferencia (art. 499), en el reconocimiento del derecho de comunicación a favor de distintos interesados (art. 556), en el mantenimiento de vínculos con la familia de origen a pesar de la adopción plena, y en la creación de vínculos con la familia del adoptante en la adopción simple (art. 621), en la valoración del acuerdo sobre delegación de la responsabilidad parental a un tercero (art. 643), en la apreciación de las circunstancias que justifican la extensión del derecho alimentario hasta los 25 años (art. 663), en la fijación de una cuota a cargo del cónyuge o conviviente del progenitor, y en la definición de su duración (art. 676), y en otras situaciones que aparecen a lo largo y a lo ancho del nuevo Código.