

Tema: El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y un resumen didáctico sobre las principales reformas en materia de Derecho de Familia.

Introducción: El Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por ley 26.994 el 7 de Octubre de 2014, introdujo importantes reformas en todo el ordenamiento jurídico nacional y sin duda, una de las más significativas en materia de derecho de familia.

A escaso tiempo de su implementación, que comenzó a regir en nuestro país el 1 de Agosto de 2015, resulta útil realizar, a modo de resumen didáctico, un repaso sobre las principales modificaciones.

A poco que se proceda a la lectura y se analicen algunas normas, resulta posible afirmar de manera general, que el nuevo código, introduce y lleva al estatus de normas, muchas de las soluciones ya creadas por vía doctrinaria y jurisprudencial, tanto a nivel local como nacional, y cuyo fundamento reside en el llamado proceso de constitucionalización del derecho de familia, denominación que refleja la aplicación a la materia que nos convoca, de los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro plexo normativo a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, luego de una interpretación armónica e integral del ordenamiento jurídico vigente. Es que los incesantes cambios en la realidad social motivaron la necesidad de redefinir el concepto tradicional de familia para incorporar otras modalidades y con ello también devino la necesidad de implementar soluciones para evitar situaciones injustas o de desprotección para personas o grupos de personas con determinada realidad familiar. Algunas de esas situaciones ya habían obtenido regulación legislativa antes de esta reforma, -como el Matrimonio entre personas del mismo sexo, incorporado por Ley 26.618 o la Ley 26.743 de Identidad de Género, entendiéndose por tal la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponderse o no con el sexo asignado al momento del nacimiento e incluyendo la vivencia personal del cuerpo-, pero sin duda ellas representaban sólo un comienzo de este cambio y de la necesidad de su recepción en la legislación.

La mera observación de la realidad cotidiana, permite inferir que hoy en día no existe una única forma de integración familiar, sino que conjuntamente con la familia clásica o tradicional compuesta por el matrimonio de hombre y mujer y sus hijos, coexisten también las familias compuestas por matrimonios entre personas del mismo sexo y sus hijos, a su vez, existen familias uniparentales, pero también familias ensambladas, en el primer caso resultantes de divorcios, viudez o nulidad del matrimonio, en el segundo como consecuencia de uniones entre personas que ya tenían descendencia de otras

uniones, también familias derivadas de uniones convivenciales, en suma, distintas formas que merecen, todas ellas, la protección constitucional sin discriminación alguna. Es así que el nuevo código, con un sentido práctico a mi criterio muy conveniente para la ubicación de las normas, dedica en el *libro segundo*, un espacio dedicado íntegramente a las *Relaciones de Familia*, en ocho títulos que a su vez se dividen en capítulos y abarcan desde los *artículos 401 al 723*, desarrollando a lo largo de los mismos, las normas relativas a las ya conocidas institución matrimonial y su régimen patrimonial, al parentesco, filiación, adopción, responsabilidad parental y procesos de familia, introduciendo nuevas denominaciones y terminología y agregando también un capítulo destinado a las uniones convivenciales.

De las reformas en particular: En cuanto a las reformas en particular, me detendré a continuación en las principales, no sin antes hacer una muy breve referencia a otras modificaciones que no se encuentran en el libro segundo, pero tienen incidencia directa sobre la materia, como es el caso de las normas relacionadas con la persona humana, capacidad y dentro de este tema, la distinción entre niños y adolescentes y el principio de autonomía progresiva por un lado, y la regulación de la situación en relación a personas con padecimientos mentales o de adicción, y las restricciones a la capacidad.-

En relación a la *persona humana* –antes personas físicas- el nuevo código en el art. 19 establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, es decir que hasta aquí se mantiene el principio general, según el cual el concebido es considerado persona humana a los efectos del código, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición, esto es, el nacimiento con vida, que hasta la actualidad¹. Cabe destacar, sin embargo, que la norma no mantiene la redacción del anteproyecto, la cual diferenciaba los casos de filiación por naturaleza de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y decía: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*

Así las cosas, la cuestión radica en cómo debe interpretarse el artículo actual en los casos de utilización de TRHA y en este sentido, podríamos afirmar por un lado, que la persona por nacer o nasciturus es reconocido por el ordenamiento como sujeto de

¹ Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, Ricardo Luis Lorenzetti (Director), Tomo I, en comentario art. 19

derecho, protegido por la ley desde la concepción, siendo pasible de adquirir derechos y contraer obligaciones que quedarán irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

En cuanto a qué debe entenderse por **concepción**, si bien se postula como correcto el de anidación, no es el que suele usarse en el campo internacional, de acuerdo al art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este concepto fue adoptado por la CADH en el año 1969 y fue reinterpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el fallo “*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*” –del 28/11/2012– ante el avance de la ciencia y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Al respecto, también la Convención de los Derechos del Niño, dispone en su art. 1 que se entiende por niño a las personas menores de dieciocho años, interpretándose que la protección que brinda esta norma lo es desde el nacimiento, y al mismo tiempo, la ley 23.849 que ratifica esta convención, declara que el mencionado artículo 1 debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. No resulta ocioso recordar al respecto, que la CSJN en el caso “*F.A.L. s/ Medida Autosatisfactiva*” del 13 de marzo de 2012, al interpretar el art. 86 inc. 2 del Código Penal en un caso de aborto no punible, sostuvo que dicha declaración no constituye una reserva sino que sería solo una declaración interpretativa: “...no constituye una reserva que en los términos del art. 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución...respecto al art. 1° se limitó a plasmar una declaración interpretativa...”.

En cuanto a la *naturaleza jurídica del embrión no implantado*, podemos señalar dos posiciones en la doctrina nacional, la primera que considera que la fertilización in vitro –extracorpórea– debe ser considerada concepción en el seno materno y la segunda, para la cual la concepción en el seno materno se produce con la transferencia y posterior implantación del embrión en el seno materno, por lo cual, los embriones no transferidos en el cuerpo humano no deberían ser considerados persona.

Ahora bien, como adelantara ut supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se ha expedido sobre la cuestión en el fallo mencionado, es decir, sobre la naturaleza jurídica del embrión no implantado o in vitro, entendiendo que la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

A fin de ilustrar brevemente sobre los antecedentes del fallo, destaco que el mismo tuvo lugar en ocasión en que Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación in vitro (FIV). El 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de este país declaró la inconstitucionalidad de tal decreto por considerar que la regulación de la FIV trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera conciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. Como consecuencia de esta decisión, la práctica se prohibió en el país, lo cual motiva que un grupo de personas se presentara ante la Comisión Interamericana denunciando a Costa Rica por prohibirles el acceso a esta técnica y entender que ello constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, vida familiar, a conformar una familia y una violación al derecho de igualdad (todos derechos amparados por la CADH). La Corte Interamericana indagó sobre el sentido de ciertos términos, como persona, ser humano, concepción y en general, a la luz de distintos métodos de interpretación, tanto por el sentido corriente, la interpretación sistémica e histórica, evolutiva y según el objeto y fin del tratado.

Sostuvo que la definición de “concepción” a la luz del marco científico actual, podía admitir dos lecturas diferentes: una que entiende la concepción como el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide y la otra el momento de *implantación del óvulo fecundado en el útero*, inclinándose el tribunal por esta última concepción.

En resumen, por concepción, cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida se entiende se entiende que el embrión in vitro está *implantado* en la persona. No se hace referencia a la mujer, por ser aquella la postura legislativa que resulta acorde con la ley 26.743 de Identidad de Género, que se basa en la identidad autopercebida, sin la obligación de apelar previamente a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Asimismo, entre las normas complementarias de la ley 26.994, el art. 9, segunda parte, dispone como norma transitoria del CCyC que “...*la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial*”, con lo cual habrá que esperar a la regulación por parte de esta ley en este tema de relevante importancia.-

En cuanto a las normas que regulan la *capacidad*, el CCyC ajusta su regulación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comienza el art. 22 estableciendo en primer lugar que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos y seguidamente expresa que la ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de

hechos, simples actos o actos jurídicos determinados. Por su parte, y en cuanto a capacidad de ejercicio, de obrar o de hecho, propia de las personas humanas, reconoce a éstas como regla general su capacidad de obrar y también su carácter relativo o particular, excepto limitaciones previstas expresamente en el Código o en una sentencia judicial (art. 23). Se elimina la clasificación de incapacidad de obrar, sentando el principio general de capacidad. Es de destacar que las limitaciones a la capacidad de hecho o de ejercicio configuran *barreras de protección* para las personas comprendidas en ellas, mientras que las limitaciones a la capacidad de derecho se estructuran en función de la *protección social o de un interés general* y no del sujeto de las mismas². No resulta ocioso destacar que en esta materia, se mantiene vigente la ley 26657 de Protección de la Salud Mental, solo que quedaron sin efecto por la reforma del CCyC, los artículos de dicha ley que incorporaban normas al Código Civil, como eran el art. 42 –incorporaba el art. 152 ter del CC y 43 –sustituía el art. 482 del CC.-

En relación a las personas *menores de edad*, se mantiene la franja etárea en 18 años, es decir que son menores de edad aquéllos que no han cumplido esa edad, según ya lo prescribe la ley 26.579. Se agrega en el art. 25 un segundo párrafo dedicado a los *adolescentes*, es decir, las personas menores de edad entre *trece (13) y dieciocho (18)*.

En punto al ejercicio de los derechos de las personas menores de edad, también se advierten modificaciones importantes, como principio general el art. 26 impone la *representación* para el ejercicio de los derechos que se encuentran en cabeza de los menores de edad, principio que admite excepciones a lo largo del articulado y de acuerdo a la edad y grado de madurez del mismo, es decir, de acuerdo al concepto de *capacidad progresiva*, que en resumidas cuentas importa el respeto por las necesidades que cada niño tenga en cada período de su vida, propiciando una participación activa en su proceso de crecimiento y un reconocimiento gradual y progresivo de su autonomía para ejercer los derechos que le han sido reconocidos por todo el ordenamiento vigente, permitiendo incluso que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada, y siempre respetándose su derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y a que su opinión sea tenida en cuenta, principios rectores éstos, ya establecidos en la Convención de los Derechos del Niño (art. 12) y también en la ley 26.061 (art. 24 y art. 27 inc. c) y en el ámbito local, por la

² Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, Ricardo Luis Lorenzetti (Director), Tomo I, en comentario art. 22 y sgtes.

ley III- 21 de la Provincia del Chubut (art.14). Introduce innovaciones en materia de ***cuidado de su cuerpo***, y en este aspecto, a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como adulto para las decisiones atinentes al mismo, mientras que antes de esa edad, entre los 13 y los 16 años, la norma distingue entre ***tratamientos no invasivos***, o que no comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave a su vida o integridad física, para lo cual presume la aptitud para decidir por sí respecto a los mismos, mientras que si se trata de ***tratamientos invasivos*** que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, resolviéndose el conflicto conforme su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26).

Finalmente, como excepción la ***capacidad*** puede ser limitada, siempre en beneficio y protección de la persona y por sentencia judicial. El art. 31 CCyC establece las reglas generales de restricción, entre las que se mencionan, la presunción de capacidad de ejercicio de toda persona humana, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, dichas limitaciones son de carácter excepcional y en beneficio de la persona, la intervención estatal tiene carácter interdisciplinario, la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión, la persona tiene derecho a participar del proceso judicial con asistencia letrada, y deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Cabe destacar que también en este punto, la mayoría de ellas ya fueron receptadas por la ley 26.657 de salud mental, inspirada en consonancia a los estándares convencionales internacionales. Así también el juez debe garantizar la ***inmediación*** con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, lo cual también ya se observaba en todos los procesos de determinación de capacidad que se encontraban en trámite antes de la sanción del código. Lo mismo puede decirse sobre el ***contenido de la sentencia*** la cual debe pronunciarse sobre el diagnóstico y pronóstico, época en que se manifestó, recursos personales, familiares y sociales existentes, régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible y además debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, y designar una o más personas de apoyo o curadores y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y modalidad de actuación (art. 37,38 CCyC), disponiéndose la obligación

de *inscribir* la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y previendo su **Revisión** en cualquier momento a instancia del interesado, o bien por el juez en un **plazo no superior a tres años**, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y con la fiscalización del Ministerio Público.

Luego de esta breve reseña, me adentraré en las específicas del derecho de familia, comenzando por la institución más importante o de mayores efectos, como es el matrimonio, para luego repasar aquellas que se relacionan con sus efectos:

Matrimonio (arts. 401-508 CCyC): como señalara anteriormente, ya había tenido recientemente una modificación importante con la introducción del *matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo*, y con el nuevo código se registran reformas en cuanto a los **deberes y derechos recíprocos de los cónyuges**, modificando sustancialmente la estructura tradicional clásica y los deberes de asistencia, cohabitación y fidelidad.

Comienza el nuevo código con una pauta rectora como son los **principios de libertad e igualdad** en la interpretación y aplicación de las normas, estableciendo que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. La norma recoge los principios de no discriminación y de igualdad contenidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer y la Convención Americana de Derechos Humanos y resulta de trascendencia en cuanto a la consagración del principio de no discriminación e igualdad ante la ley, que merecen protección aún para cuando los cónyuges sean del mismo sexo.

Regula asimismo, los principales aspectos relativos a la **celebración y a las condiciones de existencia y validez** del mismo y a continuación, prevé la *dispensa judicial* para los menores de 16 años y para los casos de falta de salud mental. También elimina la causal de nulidad para los casos de impotencia, entre otras modificaciones y en lo que aquí nos convoca, en materia de derechos y deberes de los cónyuges y disolución del vínculo, comienzan a vislumbrarse las principales reformas en el régimen. Recordemos que hasta el momento, se establecían los deberes recíprocos entre los cónyuges de asistencia, cohabitación y fidelidad, cuyo incumplimiento a su vez por uno o ambos daba al otro el derecho de solicitar la separación o divorcio vincular con fundamento en las causales, sean subjetivas u objetivas.

En suma, se regula ahora el matrimonio de una manera distinta, dejando a los esposos la posibilidad de establecer un **“proyecto de vida en común”** con total libertad, basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, no imponiendo deberes matrimoniales legalmente exigibles sino solo desde el punto de vista moral, dejando a salvo la cuestión del deber de asistencia y el de **alimentos**, tanto durante la convivencia como para la separación de hecho. En cuanto a los **alimentos posteriores al divorcio**, podrán ser fijados para el caso del cónyuge enfermo o para aquel que no tenga recursos propios ni posibilidad razonable de procurárselos. Esta mayor libertad se traduce en que el incumplimiento a estos deberes no tiene previstas sanciones específicas ya que como veremos a continuación se han **eliminado las causales de divorcio** y por tanto no existe ya la posibilidad de obtener la declaración de culpabilidad o inocencia al disolverse el vínculo. Habrá de estarse en este punto, a los casos concretos que se presenten, a fin de evitar situaciones de desprotección que puedan eventualmente presentarse en relación al tema de la asistencia alimentaria, por caso en aquéllos divorcios derivados de situaciones de violencia familiar u otras en las que la inexistencia de causales pueda generar una situación de injusticia o desprotección de las víctimas, debiendo integrarse en estos casos con las otras figuras incorporadas por la reforma destinadas a este fin.

Como **causales de disolución del matrimonio**, se establecen la muerte, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio declarado judicialmente.

Con la reforma la **sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento** disuelve el vínculo matrimonial, ello representa un avance de practicidad, en cuanto al criterio anterior en el que la sentencia no operaba tal efecto sino que ello se producía con las nuevas nupcias del supérstite. Por otra parte, **se ha eliminado la Separación Personal**, pudiendo los separados requerir la conversión de la sentencia que así los declara en divorcio sin más trámite que un traslado a la contraria para los casos en que sea unilateralmente solicitado.

En punto al **divorcio, en adelante será incausado**, ya que la reforma elimina las causales de divorcio permitiendo acceder al mismo por petición de uno o ambos cónyuges sin sujetar tal decisión a plazos de antigüedad en el matrimonio, ni voluntad de ambos cónyuges ni causales existentes hasta el momento y que eran derivadas del incumplimiento de los deberes recíprocos. Ya no existe calificación de la conducta de los cónyuges.

Según se presenten solo uno de los esposos o ambos, la petición de divorcio deberá contener además, una *propuesta reguladora o bien un convenio regulador* de las cuestiones relativas a la atribución del hogar conyugal, distribución de bienes y eventuales compensaciones entre los cónyuges, ejercicio de la responsabilidad parental y especialmente la prestación alimentaria y de otros aspectos que sean de interés de los mismos.

Y sin duda alguna, la reforma más resonante se presenta en cuanto al *régimen patrimonial del matrimonio*, reemplazando el sistema de régimen legal, único, imperativo y forzoso de comunidad de ganancias, que pasa ahora a ocupar un lugar supletorio frente al régimen de separación de bienes, en el que los cónyuges ya no se encuentran sujetos al principio de ganancialidad, y por el que podrán optar de así desearlo, en forma expresa mediante *convención matrimonial* efectuada por escritura pública, produciendo efectos desde la celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado, debiendo ser anotada marginalmente en el acta de celebración del matrimonio para producir efectos respecto de terceros. *A falta de dicha opción* hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedarán sometidos al *régimen de comunidad de ganancias*. Debe tenerse en cuenta que los esposos pueden cambiar este régimen, una vez *pasado un año* desde la vigencia del mismo, como también que quienes se encuentren casados con anterioridad a esta reforma también podrán acceder –de común acuerdo- a la posibilidad de variar el régimen, no existiendo limitación en cuanto a la cantidad de veces que pueda realizarse esta opción, aunque no parece posible que pueda incurrirse en numerosas variaciones debido a la complejidad de las operaciones que implica la liquidación previa de la sociedad conyugal existente hasta el momento. Asimismo se prevé el derecho a una *compensación económica*, para aquél de los cónyuges a quien el divorcio produce un **desequilibrio manifiesto** que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.

Se amplía también la **protección de la vivienda familiar** estableciendo que ninguno de los cónyuges puede sin el asentimiento del otro, disponer los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. En este sentido y en relación al **asentimiento**, corrige la terminología la reforma, en cuanto se hacía referencia a la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular, para los actos de disposición o gravamen, cuando debía decir asentimiento. Regula expresamente los requisitos que debe reunir el mismo, no pudiendo otorgarse en forma general y

anticipada y debiendo referirse al acto en si y a sus elementos constitutivos. Contiene **novedades en relación a la calificación de los bienes** que integran la sociedad conyugal y en relación a la contratación entre los cónyuges y participación en sociedades comerciales.

Esta reforma en el régimen patrimonial, responde a la realidad actual, que difiere sustancialmente del contexto social y económico existente en los tiempos del código civil, con un nuevo rol de la mujer en la actualidad, plena capacidad jurídica, reconocimiento de derechos, inserción en el mundo laboral y con ello mayor independencia económica, que en la sociedad de entonces.

Uniones Convivenciales (arts. 509-528 CCyC): También a estos cambios antedichos responde, la necesidad de regulación de las llamadas uniones convivenciales, como modo de protección a realidades familiares que existían y se hallaban absolutamente desprotegidas, fundamentalmente al momento de su extinción o finalización, con una mínima regulación de efectos en la legislación vigente, y que diera origen a no pocas situaciones de injusticia y desprotección especialmente en lo patrimonial y para el supérstite. Las normas en tal sentido se aplican a la unión basada en *relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo*. Esta unión debe – a los fines probatorios- ser **registrada**, a instancia de ambos integrantes, tanto en su existencia, extinción y **pactos de convivencia** que la pareja haya celebrado, éstos últimos una novedad a través de los cuales se puede regular la contribución de las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común. La reforma regula los efectos de tales uniones, previendo también la **compensación económica y atribución de la vivienda familiar** tanto para el caso de separación como de muerte de uno de los convivientes. Resulta importante tener en cuenta que los **convivientes no gozan de derechos sucesorios** entre si y, por otra parte, contrariamente a los ex cónyuges, que si bien en forma excepcional gozan de un derecho de reclamar una cuota alimentaria, no gozan de este derecho, ya que el nuevo código sólo prevé el deber de asistencia durante la convivencia, pero no finalizada la misma.

Responsabilidad parental (arts.638-704 CCyC): No hablamos ya en el código – aunque ya muchas de estas denominaciones se venían utilizando en doctrina y jurisprudencia- de patria potestad, sino de **responsabilidad parental**, en lugar de padres nos referiremos en adelante a **progenitores**, y reemplazaremos **custodia por**

cuidado personal, solo por mencionar algunos, en los que se opta por los **sistemas compartidos, sea alternados o indistintos**, con iguales deberes- derechos para ambos padres, quienes hoy en día ocupan similares roles en materia de educación de los hijos, con nuevas pautas a seguir que **eliminan la preferencia materna** en la atribución de custodia, para el caso de no resultar posible la atribución compartida, como principio general. Los padres podrán presentar un **plan de coparentalidad** relativo al cuidado del hijo que contenga la regulación de los aspectos esenciales en la distribución de las tareas cotidianas relativas a la crianza y que se distribuyen entre los progenitores.

Se incorporan además algunas figuras como la **delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en parientes**, como una forma de regulación mejorada de la guarda que hasta ahora no se receptaba expresamente en el código vigente sino que era creación pretoriana y jurisprudencial. En igual sintonía, se reconoce el ejercicio de la responsabilidad parental a los progenitores adolescentes respecto a sus hijos, pudiendo decidir y realizar por si mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, integrando su consentimiento con el asentimiento de cualquiera de sus progenitores para actos trascendentes para la vida del niño. Ello resulta una aplicación del principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (NNA), según la edad y grado de madurez que determinan el reconocimiento de un mayor poder de decisión del menor de edad. La reforma prohíbe todo tipo de castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que menoscabe física o psíquicamente a los mismos.

En **materia alimentaria**, también se ha introducido reformas, extendiendo hasta los **veinticinco años** la obligación de los padres en relación a los hijos que se encuentren cursando carreras universitarias o algún otro tipo de capacitación profesional. Reconoce expresamente el **valor del cuidado diario como aporte en especie**. Asimismo, la **posibilidad de demandar ya no subsidiariamente sino en el mismo proceso al progenitor incumplidor y a los abuelos**, solución que reitero, ya se venía admitiendo desde la jurisprudencia. Asimismo, la **legitimación del progenitor** para reclamar los alimentos del hijo mayor de edad, reconociéndole el derecho a cobrar y administrar las cuotas devengadas, pudiendo **iniciar** el juicio alimentario o en su caso **continuar** en el proceso promovido durante la minoría de edad. Resulta acertada la introducción de una norma de tales características a fin de precisar y dar claridad a una situación que generaba distintas interpretaciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Otra reforma consiste en la incorporación de un capítulo dedicado a los **deberes y derechos de los progenitores e hijos afines, con obligación alimentaria de carácter**

subsidiario, innovadora regulación cuya práctica seguramente ocasionará diversos planteos de los obligados y no pocos inconvenientes con alimentistas de distintos matrimonios o uniones. Reconoce también derecho a **alimentos provisorios al hijo extramatrimonial no reconocido**, los cuales pueden solicitarse incluso antes de la promoción del juicio de filiación y fijarse con un plazo para la promoción de la acción y en igual caso para la mujer embarazada.

También para destacar, la **responsabilidad solidaria del empleador** que incumple la obligación de retención de la cuota, cuestión que resulta a diario denunciada en los procesos de alimentos y que resultara sin duda de utilidad para prevenir situaciones de connivencia dolosa entre alimentantes y sus empleadores.

Filiación (arts. 558 a 593 CCyC): En materia de filiación, reconoce **tres fuentes de la misma, en la naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y por adopción**, las cuales surten los mismos efectos. Expresamente recoge el principio de **doble vínculo** en la filiación, aclarando que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. Dedicó un capítulo conteniendo **reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida**, en el que se regula el **consentimiento** que deben prestar las personas que se someten a dichas técnicas y que debe ser **previo, informado y libre y debe renovarse** cada vez que se procede la utilización de gametos o embriones. Introduce el concepto de **voluntad procreacional**, estableciendo claramente que los nacidos por técnicas de este tipo son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento, y consagrando el **derecho a la información** de las personas nacidas a través de estas técnicas y el contenido de tal información. En cuanto a las **acciones de filiación**, amplía la legitimación para actuar en algunas de ellas, como en la de impugnación de la filiación matrimonial, también se unifican plazos de caducidad. Al respecto encuentro que la mantención de dichos plazos no condice con el respeto al derecho a la identidad que sin duda debe ser rector exclusivo en punto a esta materia, mas allá de los efectos que el establecimiento de la identidad de las personas puedan regularse. Otra reforma importante es la recepción en forma expresa de la posibilidad de **reclamar el resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento** y también las atribuciones del **Ministerio Público Pupilar** en los casos de **niños inscriptos con filiación materna**, el cual se encuentra legitimado para promover la acción judicial sin necesidad del consentimiento de la progenitora.

Adopción (arts.594 a 637 CCyC): La reforma organiza el instituto en forma esquemática, organizando, a mi criterio, de manera más ordenada su regulación. La define como la “...*institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.*”, incorporando de esta manera en la figura jurídica en análisis, la concepción ya reconocida en la doctrina y jurisprudencia, según la cual se persigue fundamentalmente la protección de los menores de edad cuando sus necesidades afectivas y materiales no pueden ser satisfechas por su grupo de origen, remarcando de esta forma la característica protectoria o de amparo de la institución.

Establece los **principios generales** por los que se rige, entre los que se enuncian el interés superior del niño, el respeto por su derecho a la identidad, agotamiento de la posibilidad de permanencia en la familia de origen, preservación de los vínculos fraternos, derecho a conocer sus orígenes y derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y va más allá todavía, **requiriendo el consentimiento de este último, a partir de los diez años**, lo cual responde al principio de autonomía progresiva de los menores de edad en función de su edad y grado de madurez, criterios cada vez más instalados y desarrollados en todo el ordenamiento de familia. Salvo en esta última innovación, tales principios ya eran y continúan siendo aplicados a diario en los juzgados de familia, en correspondencia con la interpretación integradora y armónica de todo el plexo normativo y la llamada constitucionalización del derecho privado.

En cuanto al **derecho a conocer sus orígenes**, si bien era reconocido, se regula ahora más detalladamente en una norma que en su esencia reconoce al adoptado el derecho a conocer los datos relativos a su origen, accediendo cuando así lo requiera al expediente judicial o administrativo en el que se tramitó su adopción, pudiendo recurrir tanto el adoptado como el adoptante, a los fines de colaboración a los equipos técnicos del tribunal, al organismo de protección o del registro de adoptantes. Incluso el adoptado adolescente está facultado para iniciar una **acción autónoma** a los fines de conocer sus orígenes.

En cuanto a las **personas que pueden ser adoptadas**, la regla continua siendo que la adopción debe ser otorgada respecto a **menores de edad no emancipados**, y a ello se suma que deben **haber sido declarados judicialmente en situación de adoptabilidad**

o los padres ser privados de la patria potestad. Continúa también la posibilidad de adoptar **mayores de edad**, con su consentimiento –*requerimiento general para mayores de diez años*- cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente o hubiera posesión de estado de hijo durante la menor edad, en este caso se corrigió la expresión “*estado de hijo*”, incorrectamente usada y ya criticada por la doctrina, por la referencia correcta a “*posesión de estado de hijo*”. En cuanto a las **personas que pueden adoptar**, puede ser una **única persona, un matrimonio o por ambos integrantes de una unión convivencial**, es decir que incluye a éstos últimos permitiendo la adopción por parte de los mismos. Deja a salvo el código que en estos dos últimos casos, la **regla general** es la **adopción conjunta por ambos esposos o convivientes** y prevé a continuación la **adopción unipersonal**, que podrá tener lugar cuando el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida y la sentencia le impide prestar el consentimiento válido para tal acto y en el caso de los separados de hecho. Si los esposos o convivientes están divorciados o separados respectivamente, pueden adoptar conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión valorando el juez la incidencia de la ruptura para el interés superior del niño.

Otra de las reformas consiste en la reducción de la diferencia de edad entre adoptado y adoptando, **ahora a dieciséis años**, y mantiene la residencia mínima en el país por un periodo de cinco años anteriores a la petición de guarda preadoptiva, y también **disminuye a veinticinco años** la edad para adoptar, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta cumpla con este requisito.

En relación a los tipos de adopción, a las ya clásicas, **simple y plena**, agrega la de **integración**, regulando expresamente una figura que fue producto de una creación doctrinaria y jurisprudencial, y solo mereció en la legislación anterior algunos artículos aislados, conocida como adopción del hijo del cónyuge. En una innovación importante, corresponde destacar que entre las **facultades judiciales** que la reforma otorga, se encuentra la de **mantener subsistente el vínculo con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción plena y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple**, ello siempre de acuerdo a la valoración que el juzgador realice en el caso concreto, de aquella solución que mejor convenga al interés superior del niño.

Por su parte, y en punto a este tema, si bien se mantiene el carácter irrevocable de la adopción plena, se **amplia el ámbito de admisión de las acciones de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento, los que ya no serán**

admitidos solo a los fines de los impedimentos matrimoniales sino también para posibilitar derechos alimentarios y sucesorios del adoptado.

En cuanto a la **adopción simple**, no encontramos mayores cambios, entre sus efectos establece que los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción sin embargo, la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes. La familia de origen tiene **derecho de comunicación** con el adoptado, y éste conserva su **derecho a reclamar alimentos** a su familia de origen cuando los adoptantes no pueden proveérselos, y también solicitar que **se mantenga el apellido de origen**, anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. En cuanto a los **derechos sucesorios**, remite al Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), los adoptantes son considerados ascendientes, sin embargo en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de la familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si quedan bienes vacantes, y en los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres de origen.

Finalmente, el código dedica una sección a la **adopción de integración** regulándola de manera específica, ampliando su espectro y posibilitando no sólo y como hasta ahora, la **adopción del hijo del cónyuge, sino también al hijo del conviviente**. Es importante destacar que se **distingue según el adoptado tenga un solo vínculo** –en el cual se insertará en la familiar del adoptante con los efectos de la **adopción plena**, mientras que **si tiene doble vínculo el juzgador evaluará cada caso concreto** el alcance con el que concederá la adopción según sea lo que más convenga al interés superior del adoptado. Entre las principales reglas que deberán respetarse se encuentra la de escuchar a los progenitores de origen, no requiere el adoptante estar inscripto en el registro de adoptantes, no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho, no exige declaración de estado de adoptabilidad, no exige guarda previa con fines de adopción. Este tipo de adopción es revocable.

Dentro del proceso que culminará en adopción, el código regula en tres capítulos diferentes la declaración de estado de adoptabilidad y la guarda con fines de adopción y el juicio de adopción propiamente dicho.

Declaración judicial de estado de adoptabilidad del niño/a y/o adolescente: El CCyC dispone que para obtener una adopción, será necesario el *dictado de la declaración de adoptabilidad*: es la culminación de la etapa inicial en la cual el juez

definirá en una primera resolución su situación legal, y en ella evaluará los resultados de la intervención y trabajo del órgano administrativo (Servicios de Protección de Derechos, Secretaría de Desarrollo Humano y Familia, etc. o sus equivalentes en las distintas provincias), y en función de ello determinará si se han superado las razones que motivaron la intervención judicial y el niño, niña o adolescente (NNA) puede ser reinsertado con su familia de origen, o caso contrario, si está en condiciones de ser adoptado.

Los supuestos contemplados por la ley, son tres y también son distintos los plazos legales establecidos para cada uno: a) **cuando el NNA no cuenta con filiación o sus padres han fallecido:** En este caso se debe haber agotado la búsqueda de familiares de origen, estableciéndose como **plazo máximo treinta días** y solamente **prorrogables** por un plazo igual. b) **cuando son los propios padres del niño o niña los que toman la decisión de que su hijo sea adoptado.** El código dispone que esta decisión debe manifestarse, para ser tenida por válida *posteriormente a los cuarenta y cinco días* de producido el nacimiento. Este plazo responde a la consideración del plazo de puerperio por el que atraviesa la mujer después del parto, de mayor vulnerabilidad y que puede dar lugar a arrepentimientos, y tiene por objeto evitar que toma de una decisión en forma apresurada. c) Finalmente, **cuando se han debido tomar medidas excepcionales**, y estas medidas no han dado resultado en un **plazo máximo de ciento ochenta (180) días**. Recordemos que dentro de estas medidas puede disponerse la integración provisoria del menor de edad en una familia de acogimiento o a falta de ésta, su institucionalización, y lamentablemente tales medidas y el plazo otorgado no han logrado revertir las circunstancias que motivaron la medida. En este caso, el organismo administrativo de protección de derechos interviniente, debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad y comunicarlo al juez dentro de las veinticuatro horas, debiendo el juez resolver en el plazo máximo de noventa días. Sin duda tales plazos tienen por objeto acortar los tiempos de incertidumbre sobre la situación legal del menor de edad, pero en la práctica, habrá que ver si resultan posibles de cumplir, dada que la declaración en cuestión en muchos casos se interrelaciona con diversos factores, familiares, económicos, administrativos, etc. que no resultan fácilmente comprimibles en un determinado período de tiempo, sencillamente porque exceden el ámbito de lo judicial.

La declaración de adoptabilidad no podrá ser dictada si algún familiar o referente afectivo del NNA ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El código también establece los **sujetos** que deben intervenir en el proceso de declaración de adoptabilidad: así deberán ser parte necesaria el niño, cuanto tenga edad y grado de madurez suficiente, quien deberá contar con asistencia letrada; los padres (en el caso de que no estén fallecidos); el organismo administrativo y el Ministerio Público (Asesoría de Familia). Es importante resaltar que *al niño se le otorga calidad de parte en el proceso*, innovación trascendente dispuesta por el nuevo código y que se relaciona con el reconocimiento a su capacidad progresiva. En dicho proceso, el juez también podrá escuchar a parientes del infante o a allegados afectivos del mismo. Otras reglas de procedimiento a tener en cuenta, son por un lado que la misma tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales y es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen y con el NNA cuya situación de adoptabilidad se tramita.-

El procedimiento culmina con el dictado de la sentencia en la cual se dispondrá que la Oficina de Adopciones remita dentro del plazo que no podrá exceder de **diez (10) días** los legajos de pretensos adoptantes, ya que de esta forma se da inicio al juicio de guarda con fines de adopción, el cual no será un proceso separado como anteriormente se regulaba, sino como la culminación de aquél en el cual se resuelve el estado de adaptabilidad. También se ha innovado en el sentido de considerar que *la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la de declaración judicial de situación de adoptabilidad*, por lo que dictada la primera, esta última ya no es necesaria.

Guarda con fines de adopción: Como consecuencia de esta continuación o fusión entre el proceso de declaración de estado de adaptabilidad y guarda con fines de adopción, resulta lógico *que* será competente para entender en este proceso el juez que dictó aquélla. .

La normativa prevé expresamente la *prohibición expresa de entrega directa en guarda de los niños, ya sea mediante escritura pública o acto administrativo o entrega directa en guarda por alguno de los progenitores o cualquier familiar del infante*. Y además de la prohibición contiene una previsión importante para el caso que la norma fuera transgredida, facultando al mismo para **separar al niño –transitoria o definitivamente-** del guardador y tomar las medidas de protección que estime pertinentes, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores

se funda en la existencia de un vínculo de parentesco entre éstos y los progenitores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción. En suma, la guarda que deriva de una entrega directa de un menor de edad, no genera una situación fáctica que posteriormente habilite para solicitar la guarda con fines de lograr la adopción de ese niño. Esta prohibición tiene como fin impedir el tráfico de infantes y la burla a todo el sistema jurídico que protege a los niños que van a ser dados en adopción.

A los fines de preservar adecuadamente el interés superior del niño que va a ser dado en adopción, se requiere que necesariamente la guarda con fines adoptivos sea judicial, esto es, la tramitación de un proceso judicial, con el debido contralor del juez y del Ministerio Pupilar.

La elección de los pretendientes adoptantes, la hará el magistrado que entiende en la causa, seleccionándolos de la nómina del Registro de Adopción. El juez deberá, a los fines de la correcta elección de los padres adoptivos, citar y oír al niño de conformidad con los preceptos legales vigentes, si es que el mismo cuenta con edad y madurez suficiente, y evaluará las condiciones personales, edades y aptitudes de los pretendientes adoptantes; su idoneidad para poder cumplir con los cuidados del infante; educación, como así también sus motivaciones y expectativas frente a la adopción. A esos fines el juez podrá valerse del Equipo Técnico Interdisciplinario.

En cuanto a la sentencia que declara la guarda con fines de adopción, el magistrado deberá determinar su plazo, que **no puede exceder de seis meses**. *Aquí el nuevo régimen jurídico acorta el plazo que estaba estipulado en el código anterior* –no menor de seis meses ni mayor de un año. Si bien la intención del legislador ha sido sin duda, eliminar las trabas u obstáculos que dilatan los procesos de esta naturaleza, no menos cierto que este plazo que antes era mínimo, tenía por objeto permitir que tanto el niño que va a ser adoptado como sus futuros padres adoptivos logren crear los vínculos familiares, implicando ello muchas adaptaciones e integraciones, que no necesariamente se logran en ese plazo que consideramos corto, pudiendo surgir complicaciones que en algunas ocasiones se transparentan mas allá de los seis meses.

El juicio de adopción: *Una vez cumplido el periodo de guarda el juez, de oficio o a pedido de parte, o de la autoridad administrativa debe iniciar el proceso de adopción.* Sin duda esta norma genera dudas respecto a lo acertado en relación a que sea el propio

juez quien de oficio inicie, entiendo que debe interpretarse en el sentido de instar, sea al Ministerio Público, sea a los guardadores preadoptivos, al inicio del proceso.

El código establece las reglas de procedimiento, según la cual, son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado debiendo además el juez oír a éste último, personalmente, y tener en cuenta su opinión, en todos los casos por supuesto, si tiene edad y grado de madurez suficiente, teniendo en cuenta que además que si es mayor de diez años, deberá prestar su consentimiento expreso. También debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo. Las audiencias tal como lo fueron siempre, serán privadas y el expediente reservado. Será competente el juez que otorgó la guarda con fines de adopción o el del lugar en que el niño tiene su centro de vida, a elección de los pretensos adoptantes. La **sentencia de adopción**, tendrá **efecto retroactivo a la fecha de la sentencia en la cual se decreta la guarda preadoptiva**, con excepción de la sentencia de adopción de integración, cuyos efectos se retrotraen al día de interposición de demanda de adopción, toda vez que no se requiere juicio de guarda con fines de adopción.

Procesos de Familia (arts. 705 a 711 CCyC): Finalmente, incorpora un título dedicado a los procesos de familia en los que plasma los **principios rectores** en la materia: principios de **tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente**. Asimismo, el derecho de las personas con capacidad restringida y de los niños, niñas y adolescentes **a ser oídos y que su opinión se tenga en cuenta, acceso limitado al expediente**, para las partes, sus representantes y letrados y auxiliares designados por el juez, **principio de oficiosidad** excepto para los asuntos de naturaleza económica, en **materia de prueba principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba**, recayendo la carga de la prueba sobre quien está en mejores condiciones de probar y finalmente, en cuanto a los testigos, admite el ofrecimiento de parientes y allegados, quedando en manos de juez la facultad de no admitir la declaración de menores de edad o parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

Lo expuesto no es sino un resumen integral de las principales reformas que surgen de la mera lectura del nuevo Código Civil y Comercial y no agota las modificaciones efectuadas a la legislación vigente, brindando un panorama meramente general e informativo. Más allá de la opinión personal que los cambios puedan merecernos, sin duda las normas incorporadas receptan los aspectos estáticos y dinámicos más destacados de la actualidad social y realidad familiar de nuestra época, en constante

evolución, y como señalara, en muchos casos, las mismas ya fueron implementadas por vía jurisprudencial a través de una interpretación integral y armónica de todo el sistema jurídico a través del diálogo de las diversas fuentes, tarea que los jueces de familia nos encontramos habituados a realizar a diario, en virtud de la necesidad que la naturaleza de las causas que se debaten en este fuero y la urgencia de soluciones exige cotidianamente. En este punto la oficiosidad que establece brinda herramientas eficaces que coadyuvan en dicha tarea, y sin duda debe ser sostenida mayormente por los operadores del derecho que actúan en cada caso concreto a fin que la intervención de los mismos resulte de utilidad y no iatrogénica para el interés familiar, de allí la importancia de la especialización y la intervención interdisciplinaria que la misma reforma reconoce en su importancia.

Bibliografía:

Azpiri, Jorge O, Incidencias del Código Civil y Comercial – Derecho de Familia, Editorial Hammurabi

Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Hammurabi

Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. María Angélica Gelli. Ed. La Ley.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera Marisa, Lloveras Nora, Tratado de Derecho de Familia, Tomo IV- Ed. Rubinzal Culzoni

Krasnow, Adriana N., Tratado de Derecho de Familia, Tomo II- (La Bioética en el Derecho de Familia- por Eleonora Lamm) Edit. La Ley

Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Rubinzal Culzoni