

Las venas abiertas del Derecho de las Familias en clave 2019.

Por Marisa Herrera.

1. Palabras de bienvenida

Un nuevo año ya empezó a correr y las expectativas sobre los debates, tensiones y desafíos 2019 en el Derecho de las Familias - en sentido amplio, que involucra el ámbito dedicado a los derechos de la infancia y adolescencia- son una realidad; o al menos, deberían ser una inquietud hábil para explicitar y analizar como punto de partida en la primera entrega del Suplemento especializado de DPI del año.

En primer lugar, no es un dato menor que estemos en un año electoral y del “fuerte” -para decirlo de algún modo- ya que no sólo se renuevan varias bancas en ambas cámaras del Congreso de la Nación y sus pares a nivel local, sino también se decide la titularidad del Poder Ejecutivo. Por lo tanto, de arranque, es dable presumir que el movimiento en el parlamento será leve y, por lo tanto, las relaciones jurídicas en el campo de las familias, infancias y adolescencias no sufrirían grandes transformaciones al respecto porque como es sabido, los cambios legislativos de peso en esta materia, siempre generan acalorados debates. Así, despenalización y legalización del aborto, baja de la edad de punibilidad penal, naturaleza y, por lo tanto, destino de los embriones no implantados que cada vez hay más en los centros de fertilidad, régimen jurídico de la adopción, por mencionar algunos proyectos que se podrían presentar y/o reavivar en el 2019, quedarían más en el plano del intercambio de ideas que en el de las modificaciones reales.

Misma suerte correría el pretendido y criticado por el principio de oportunidad, mérito y conveniencia, el proyecto del Poder Ejecutivo de reformar nuevamente el Código Civil y Comercial (CCyC), elaborado por un puñado de varones en el que las mujeres sólo podemos alcanzar el rol de “secretaria”¹. Solo para esgrimir una observación general, las modificaciones que se proponen al campo en análisis son escasas y absolutamente contrarias² a la obligada perspectiva de derechos humanos que campea la normativa vigente desde agosto del 2015; precisamente, se pretende quitar estas dos palabras

¹ Conf. Decreto 182/2018 que crea una “omisión ad honorem” integrada por Julio César Rivera, Ramón D. Pizarro y Diego Botana, Agustina Díaz Cordero en el carácter de Secretaria Académica y Marcelo Alejandro Rufino como Secretario “ad hoc”.

² Un ejemplo. Se pretende modificar el art. 613 del Código Civil y Comercial por el siguiente texto: “El Juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendidos adoptantes de la nómina por él requerida al registro de adoptantes u organismo administrativo que corresponda”. Claramente, se desconoce cómo funciona el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) y la interacción entre los órganos administrativos y judiciales. Tal como se lo regula en la actualidad, los organismos administrativos suelen ser los que conocen al NNA que queda en situación de adoptabilidad y por lo tanto, cuentan con herramientas de diferente tenor para colaborar en la selección de los pretendidos adoptantes inscriptos, máxime cuando se trata de niños mayorcitos, grupos de hermanos o NNA con discapacidad, cuya elección debe ser doblemente cuidadosa para evitar conflictos de mayor gravedad y que constituyen verdaderas situaciones de violencia institucional como lo son los denominados “casos de devoluciones”, guardadores que se arrepienten de continuar con el proceso adoptivo. Por otra parte, en el texto que se proyecta se incurre en otros dos errores groseros: 1) la nómina de pretendidos adoptantes jamás puede ser proporcionada o requerida a los organismos administrativos, ellos carecen de esa información y 2) derogan, entre otras cuestiones, una previsión básica y central en el campo de los derechos de NNA como lo es lo que establece el actual art. 613 en su última parte al disponer que “El juez debe citar al niño, niña y adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

“derechos humanos” a los dos primeros articulados del texto vigente. ¿Casualidad? No. Una clara decisión de eliminar todo vestigio de una mirada, enfoque o compromiso jurídico ya consolidado, por lo tanto, sonaría hasta un tanto naif pretender que, por quitar dos palabras, la legislación civil y comercial perdería como “por arte de magia”, la columna vertebral sobre la cual se edifica, que responde a una profundo posicionamiento y labor en consecuencia, que se viene instalando desde hace tantísimos años y excede el ámbito nacional.

En definitiva, más allá de los apasionados debates de tinte legislativos que pudieran generar diferentes iniciativas parlamentarias, lo cierto es que se presume -siempre *iuris tantum*- que no pasarían de este estadio -a lo sumo, aprobación en alguna cámara- y, por lo tanto, los aires de cambios concretos transitarían por otros carriles: jurisprudencial y doctrinario.

2. ¿Qué nos depara el debate 2019 en las relaciones de familia?

La jurisprudencia y doctrina vernácula han dado cuenta -con mayor o menor énfasis- de ciertos nudos temáticos que generan posturas encontradas sobre algunos de los variadísimos conflictos que comprometen al derecho de las familias hoy, y sobre los cuáles se debería seguir profundizando la mirada, siempre a la luz de la obligada perspectiva de derechos humanos y la mirada integral-sistémica que involucra este ámbito del derecho.

Veamos algunos para ir presumiendo lo que nos depara este año que recién está en sus primeros tiempos.

Una de las figuras que incorpora el Código Civil y Comercial es la compensación económica; institución que como era esperable, tendría sus inconvenientes prácticos en dos facetas claves: 1) su configuración, o sea, qué supuestos fácticos generan la necesidad de compensar el desequilibrio económico o en otras palabras, qué tipo de desequilibrio económico debe ser compensado para que un ex miembro de una pareja -matrimonial o en unión convivencial- no sufra las consecuencias económicas derivadas de determinadas decisiones o proyectos de pareja y 2) su cuantificación, es decir, cómo compensar efectivamente, el desequilibrio económico sufrido que sea una retribución justa. Estas inquietudes están ínsitas en la figura y forman parte o responden a la complejidad de las relaciones humanas, en particular, de las relaciones de pareja. Ahora bien, hay otros debates más puntuales que también deben ser materia de estudio y que se resumen en los siguientes interrogantes: a) ¿Es razonable y en caso afirmativo, sobre la base de qué argumentos, la diferencia que ostenta la regulación de la

compensación según derive del divorcio o de la ruptura de la unión convivencial, en particular, cuando la extinción de la relación se produce por fallecimiento, siendo que en el caso de la unión convivencial es posible pero en materia de extinción del matrimonio no, ya que sólo se prevé la compensación económica para el supuesto puntual de divorcio y no otra causal de finalización del matrimonio?; b) ¿Cómo juega la obligada perspectiva de género en la posibilidad de renunciar o no de manera anticipada al derecho a solicitar compensación económica, lo cual es viable sólo para los supuestos de unión convivencial y no así de divorcio, siendo que tal pacto sería nulo por aplicación de los arts. 446 y 447 del Código Civil y Comercial? ¿Esta otra diferencia es razonable? ¿Qué rol ocupa el art. 515 del CCyC atravesado por la noción de vulnerabilidad que tanto preocupa y ocupa a la propia legislación civil vigente?; c) ¿Es posible aplicar sin ninguna posibilidad de excepción o vía de escape el plazo de caducidad de 6 meses cuando el cese de la unión convivencial se produce o acontece en un contexto de violencia de género? ¿Acaso, se puede equiparar el divorcio -un acto formal- al cese de la unión convivencial -un hecho informal- como situación clave desde la cual comienza a correr un plazo breve de caducidad? Máxime, si se tiene en cuenta otro debate previo que se observa en materia de divorcio en torno a si dicho plazo comienza a correr desde la fecha de la sentencia o desde que ésta queda firme y d) ¿Qué incidencia debería tener la falta de liquidación del régimen de bienes en la determinación de la viabilidad o no de la compensación económica?³

Otra tensión latente compromete la correcta interpretación del art. 480 del CCyC y a qué fecha se debe retrotraer la sentencia de divorcio en cuanto a la disolución del régimen de comunidad cuando uno de los ex cónyuges no se ha expedido al respecto o en otras palabras, prima el silencio. ¿Es posible dejar en “suspense” tal determinación? ¿Qué sucede si el ex cónyuge sigue sin decir nada al respecto, es posible que esta postura ausente lo beneficie, o al menos, perjudique a quien pretende lograr la extinción de la comunidad según la fecha que a su entender se ha producido la separación de hecho?⁴

Saliéndose de la faceta patrimonial e ingresando a un terreno más interdisciplinario aún como lo son aquellas conflictivas de tinte personales, y en particular, las que involucran los derechos de NNA, cabe hacerse varios interrogantes que exceden algunos, la legislación civil y comprometen claras

³ Algunas de estas inquietudes son analizadas por Molina de Juan, Mariel, *Compensación Económica. Teoría y Práctica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

⁴ Estos interrogantes abiertos se generan a la luz de varios precedentes jurisprudenciales, uno de los últimos es el caso resuelto por la Sala 3ra de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora en fecha 09/11/2018 en los autos: "C., L. E. C/ H., E. F. S/DIVORCIO CONTRADICTORIO", CAUSA N° 7954, REG. SENT. DEF. N° 257 FOLIO, N° 1827, inédito. Algo al respecto hemos analizado en Chechile, Ana María y Herrera, Marisa, "La formalidad de la elección del régimen de bienes en el matrimonio. Nuevos debates en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016-E, 891, Cita Online: AR/DOC/2795/2016.

decisiones políticas como ser, qué acontece en aquellos supuestos en que se carece de recursos económicos para afrontar los gastos de protocolización de los consentimientos informados de conformidad con lo previsto en los arts. 560 y 561 del CCyC; o cuando las obras sociales o prepagas, dan de baja o seleccionan en su cartilla otros prestadores especializados en técnicas de reproducción asistida cuando una persona o pareja ya venía teniendo un vínculo profesional y también afectivo -como suele acontecer en esta temática- y pretende continuar el tratamiento con estos que ya dejaron de formar parte de la cartera de profesionales de la entidad que se trate. Situación fáctico- jurídico que se puede complejizar más aún, si como fruto del tratamiento habría quedado material genético o embriones congelados en el centro médico con el que se venía realizando el tratamiento y que ahora quedó afuera de la cobertura.

Sin perder de vista ciertos debates que se siguen arrastrando desde hace tantísimo tiempo, bajo la legislación civil derogada y que continúan muy presentes en la actualidad⁵ como lo es la prohibición de la guarda de hecho prevista en el art. 611 del CCyC, desde una realidad jurisprudencial cada vez más agobiante signada por una gran cantidad de casos en los que se procedió a decretar la inconstitucionalidad⁶ de la norma, o lo que en la práctica tiene efectos similares, la inaplicabilidad de la norma⁷ y por ende,

⁵ Sólo como muestra, se cita dos trabajos recientes en doctrina: Burgués, Marisol, “Génesis del artículo 611 del Cód. Civ. y Com. Los primeros embates judiciales”, DFyP 2019 (febrero), 01/02/2019, 3, Cita Online: AR/DOC/1880/2018 y Mizrahi, Mauricio L., “Niños en guardas de hecho y judiciales. Discutible interpretación del artículo 611 del Código Civil y Comercial”, Revista LA LEY 11/02/2019, 1, Cita Online: AR/DOC/17/2019.

⁶ Entre otros: Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 8, 15/07/2016, “L. G. M. s/control de legalidad - ley 26.061”, La Ley Cita Online: AR/JUR/67917/2016; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario 07/09/2016, “L., A. S/ guarda preadoptiva”, JA 2017-II, 38; Juzgado de Familia y Penal de Menores de la ciudad de Villaguay, 08/11/2016, “R. M. C. Y D. J. S. S/ guarda con fines de adopción”, disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/02/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-Y-PENAL-DE-MENORES-VILLAGUAY-ENTRE-RIOS.-Adopci%C3%B3n.-Inconstitucionalidad-arts.-600-611-y-634-CCyC.pdf>; Juzgado de Familia Nro. 1 de Corrientes, 10/05/2017, “N. A., M. M. I. s. Adopción”, elDial.com - AA9FD7; Juzgado de Familia Nro. 2 de Río Gallegos, 11/07/2017, “Autoridad de Infancia Provincial s/Peticiona medida excepcional”, elDial.com - AAA0A5; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 01/08/2017, “R., N. E. s/ guarda”, JA 2017-IV, 69; Cámara Goya, Corrientes, 20/09/2017, “S.R.M. Y A.A. S/ guarda preadoptiva”, inédito; Cámara de Santo Tomé, 29/05/2018, “V., R. D. Y Z., M. M. S/ guarda y tenencia con fines de adopción”, disponible en http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camara-civycom/pdf/2018/Microsoft-Word-SENT.-N%C2%B0-12-Expte.-VXP-395-09-FAMILIA-RESERVADO_pdf?iframe=true&width=95%&height=95%22.

⁷ Entre otros: SCBA, 21/10/2015, “P., R. A. S/Inscripción de nacimiento fuera de término”, La Ley Cita Online: AR/JUR/65611/2015; SCBA, 11/02/2016, “P., A. Guarda con fines de adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/40367/2016; Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia, 24/02/2016, “M., M. G. y L., N. O. s/ incidente de guarda preadoptiva”, disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/03/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-N%C2%BA3-Comodoro-Rivadavia.-Guarda-preaadoptiva.-2016.pdf>; Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial Sala II de Salta, 12/04/2016, “F., G. N.; F., E. B. POR PROTECCION DE PERSONAS”, disponible en <http://www.justiciasalta.gov.ar/uploads/pdf3/545502.pdf>; Cámara de Apelación Civil y Comercial Trenque Lauquen, 11/05/2016, “L. A. M. S/GUARDA CON FINES DE ADOPCION”, disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/06/FA.-PCIAL.-CAM.-APEL.-CIV.-COM.-TRENQUE-LAUQUE-Prov.-Bs-As.-Adopci%C3%B3n.-Guarda-apartamento-del-art.-611-CCyC.pdf>; Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, 14/11/2016, “C.F. y S.B. S/ medida de protección excepcional”, inédito; Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Cura Brochero, 27/03/2017, “C., J. G. s/ control de legalidad”, disponible en <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Jurisprudencia-Familia-26.05.pdf>; Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial II, 03/05/2017, “R. T., J. y otra (M., L. M.) s/ guarda con fines de adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/19994/2017; Juzgado de Familia nro. 1 Comodoro Rivadavia, 19/05/2017, “M., A. E. y M., L. H. S/ adopción”, La Ley Cita Online: AR/JUR/42356/2017; Tribunal Colegiado de Familia n° 7 de Rosario, 08/08/2017, “G. A s/ adopción”, elDial.com - AAA226; Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia 1a Nominación Río Tercero Córdoba, 09/08/2017, “R., A. A. y otros - Guarda - No contenciosa”, disponible en

hacer lugar que un/a niñx siga bajo el cuidado de los guardadores de hecho que pretenden alcanzar el status de guardadores para adopción y seguir adelante con el proceso adoptivo.

3. Brevísimas palabras de un cierre de apertura

¿Qué nos deparará el 2019 en el campo de las relaciones de familia? Sin lugar a duda, el Suplemento especializado de DPI será un gran termómetro de ello, siguiendo bien de cerca -como lo viene haciendo hasta ahora- los principales conflictos y embates propios de un ámbito del derecho en constante movimiento.

Con este compromiso asumido desde la primera entrega, allá por el 2016 porque como todo, el tiempo va pasando y ya estamos transitando el cuarto año, se presume -a modo de bola de cristal- que estas pueden ser algunas de las tantísimas inquietudes que seguirán manteniendo la llama viva de las relaciones de familia de cara al 2019, pasando más por las facetas jurisprudenciales y doctrinarias que por las legislativas.

Como cierre, precisamente por lo aquí expresado, también se tiene cierta desconfianza -aunque me comprendan las generales de la ley- a que se operativice una gran deuda parlamentaria con la infancia y adolescencia: la designación del/la Defensor/a nacional de derechos de NNA (conf. arts. 47 a 64, ley 26.061).

En definitiva, el 2019 será un año con final abierto para el derecho de las familias; algo no muy diferente a lo que acontece en el ámbito territorial en el que se desarrolla. ¿Qué concepto/concepción de “Realidad” y “Derecho” defendemos cuando nos referimos a esta dupla ineludible? Cuando las preguntas valen más que las respuestas, algo de esto pretende ser la presente columna a modo de puntapié inicial. Bienvenidx 2019.