

Basset, Úrsula C.

*Introducción y consideraciones generales sobre
la estructura del Libro II*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Basset, Ú. C. (2012). Introducción y consideraciones generales sobre la estructura del Libro II [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/introduccion-consideraciones-generales-estructura.pdf>

[Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL LIBRO II

ÚRSULA C. BASSET

1. Introducción. Método de trabajo

La presente sección del informe contiene un análisis en torno a aspectos relevantes del Proyecto de Reforma, según las versiones que han ido circulando de manera formal e informal entre los docentes y colaboradores.

El contenido estará subdividido, siguiendo el criterio propuesto por los autores del proyecto de reformas, es decir: cada división corresponderá a un título del Libro de Relaciones de Familia.

Dentro de cada división se encontrará un análisis de algunos aspectos destacados que han llamado la atención a los comentadores.

El informe ha sido elaborado con la colaboración de valiosos juristas. A fin de respetar el pensamiento personal de cada uno de los autores, en nota al pie de cada sección el lector podrá encontrar a quién corresponde la autoría de la misma.

2. Esquema de contenidos

De acuerdo a lo anticipado, el esquema de contenidos del Libro de Familia es el siguiente:

- Consideraciones sobre la estructura del libro
- Matrimonio
- Régimen patrimonial del matrimonio
- Uniones convivenciales
- Parentesco
- Filiación
- Adopción
- Responsabilidad parental
- Procesos de familia
- Consideraciones valorativas finales

El Libro de Relaciones de Familia está redactado por juristas muy notables. Algunas soluciones son encomiables. Otras, sin embargo, parece que no responden ni al sentir del “hombre común” ni a la tradición jurídica nacional. Más aún, es de temer que generen injusticias.

3. Consideraciones sobre la estructura del libro

Hay dos aspectos a considerar: a) la inserción del libro de familia dentro de la estructura de contenidos del Código Civil; b) la organización interna del libro de familia.

a) Criterios para una división

Una división supone una distribución de un todo en sus partes, según determinados criterios. Los criterios de la división son principio de inteligibilidad de la misma; de allí que sea inexcusable su comprensión.

Aquí es posible imaginar varias opciones: a) la organización lógica de los contenidos por las reglas de analogías, según las reglas lógicas de las divisiones esenciales (en partes subjetivas, materiales y potenciales), b) la división según criterios accidentales (no esenciales, eventualmente elegidos por el legislador, caso en el cual sería conveniente en aras de inteligibilidad, la justificación del criterio elegido).

Dentro de la opción b), un criterio posible podría ser la conservación de una tradición en materia de estructura de contenidos. Así ha hecho el Código Brasileño, conservando, cuando fue posible, la estructura básica del Código de 1916. Conservar la estructura de contenidos, facilita su intelección, porque posibilita aplicar el mismo hábito cognoscitivo a los nuevos contenidos. Algunas opciones en este sentido, son: a) la conservación de la semejanza de la estructura original del Código veleciano (para facilitar la lectura), b) la homogeneización con el proyecto de 1998 (para tomar un punto de referencia conocido), c) tomar modelos relevantes del derecho del Mercosur (en aras de una posible homogeneización futura).

Aplicando estos criterios teóricos, puede analizarse ahora la estructuración del libro de familia.

b) Inserción del Libro de Familia en el Código Civil.

El libro se presenta como Libro II dentro del Código Civil. Resulta atrayente imaginar que continúa el libro de las personas y al mismo tiempo se diferencia de él. Suponemos que se trata de una división esencial, que tiende a conservar el principio de especialidad de las relaciones de familia, bien que en una continuidad con el derecho de las personas. Por fin se unifican, como en 1998, el título del régimen económico del matrimonio con el del matrimonio, siendo que el segundo es una dimensión del primero. Este criterio resultaría valioso, sino fuera porque resulta desmentido por el contenido del Libro, en el cual la especificidad del derecho de familia se desvanece.

El derecho de obligaciones ha cobrado un indubitado protagonismo en esta nueva redacción, lo cual hace pensar que tal vez, desde el punto de vista lógico-estructural, debería preceder al derecho de familia. Obsérvese que la nueva regulación prevé pactos implícitos y explícitos en esferas tales como: la fidelidad conyugal y la cohabitación (solo implícitos, puesto que se deroga el deber), el régimen de bienes, el pacto de cohabitación en las uniones convivenciales (antiguo concubinato), el plan de parentalidad de los padres divorciados, la voluntad procreacional posibilita que la paternidad sea establecida sobre la base de un contrato entre un aspirante y un laboratorio de fecundación asistida sin nexo biológico entre el niño que será engendrado y quien figurará como su progenitor, el contrato de maternidad subrogada, por el que no se podrá pagar a la madre gestante, pero sí al intermediario; etc.

Por otra parte, la naturaleza obligacional del derecho de familia desde siempre ha estado presupuesta en materias tales como la alimentaria o el cumplimiento de acuerdos. El aumento de tales acuerdos, la introducción de la figura del enriquecimiento sin causa¹, la remisión a otras figuras del

1. P. ej. Art. 401. Cabe señalar que hemos desarrollado la introducción del enriquecimiento sin causa en las relaciones de familia en: BASSET, Úrsula C., "Novedades en remedios económicos posdivorcio para mujeres y niños", Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2011-III, pp. 3-12.

derecho civil que puedan implicar reparaciones, hace pensar en que en esta propuesta se potencia la naturaleza obligacional del derecho de familia. Se advierte además que se han reducido las obligaciones de naturaleza personal en el matrimonio, quedando casi exclusivamente obligaciones de signo patrimonial. De resultas, parecería lógico que el derecho de familia sea ubicado después del de obligaciones (se entiende, con este tenor de regulación)². Ello permitiría clarificar mejor el contenido jurídico de las relaciones de familia.

Desde que la familia se asemeja tanto a los contratos, también cabe vacilar sobre si no debería posponerse a la legislación contractual. La contractualización del derecho de familia no es un asunto exclusivo del proyecto de Código Civil, es un asunto debatido en el derecho comparado (con reservas y explorando los límites). Consideramos que la familia carece de reaseguros que en cambio sí aparecen en materia contractual, por lo cual bastaría con que esté precedida por el libro general de las obligaciones. Resta explicitar de qué naturaleza serán las obligaciones jurídicas familiares con la nueva regulación que prioriza la autonomía de la voluntad y los pactos tácitos entre cónyuges sobre cuestiones personales y patrimoniales. Si carecen de las seguridades de los contratos y sin embargo nacen de pactos, habría que ver si no se ha dado a luz a un *tertium genus* análogo al contractual, pero más débil que él. Volveremos sobre este punto más abajo. Tal vez, posponer el Libro de Familia al de los contratos no resultaría tan desacertado, e incluso permitiría brindar una estructura supletoria legislativa.

Tanto nuestras propuestas como las del Proyecto, tendrían el defecto de no conservar las estructuras tradicionales, como en cambio sí hizo el antecedente brasileño. Ello dificultará la adecuación mental de los juristas argentinos para su consulta, dado que difiere del antecedente del '98 así como del Código original de Vélez.

En síntesis: nos inclinamos por una ordenación que siga el criterio del Antigo Código Civil Argentino, con la salvedad de la incorporación del régimen de bienes en el libro de relaciones de familia. No obstante, advertimos que la regulación actual es muy disímil de aquella, y en consecuencia puede resultar ininteligible e inoperable si no se sitúa sobre un contexto obligacional y contractual.

c) Estructura interna del Libro de Relaciones de Familia

La estructura interna es más compleja, en buena parte porque se procurado aumentar la cantidad de títulos en lugar de jerarquizar contenidos. La opción facilita la búsqueda de contenidos, pero desde el punto de vista teórico genera algunos problemas.

Lo que proponemos más abajo, ofrece la ventaja de depurar la cantidad de títulos y ordenar en una secuencia espontánea los contenidos, lo que podría facilitar la comprensión de los mismos por parte del lector.

Desde el punto de vista teórico, nos hubiera parecido más razonable lo siguiente:

- Matrimonio: Sección 1: Relaciones personales; Sección 2: Relaciones económicas.
- Unión Convivencial. De esta forma, se conservaría la histórica analogía entre matrimonio y uniones de hecho (y ello, más allá de la discusión sobre el espectro y signo de su regulación).
- Filiación: Sección 1: Disposiciones comunes. Sección 2: Regulaciones especiales de cada tipo de adopción (biológica, por adopción). Sección 2: Acciones. De esta forma, la adopción quedaría más integrada y equiparada a la filiación biológica y se seguiría la estructura

2. Queremos aclarar, que no concordamos con despojar a la familia de su esencia, y en este sentido, como lo manifestaremos más abajo, no nos parece conveniente la supresión de los deberes conyugales ni otras regulaciones. Simplemente que la regulación actual, en la medida en que no es ni contractualizada ni específica, despoja a la familia de recursos jurídicos, por lo cual, si se mantiene esta tesitura, parece conveniente que aunque más no sea, sea regida por el derecho civil.

lógica por la cual, como expresan los tratados internacionales, el matrimonio y sus análogos dan lugar a la fundación de la familia y de allí derivan los hijos.

- Responsabilidad parental, que uniría el decurso de las relaciones entre la pareja parental y el hijo.
- Parentesco.

A nuestro modo de ver, la inserción del parentesco entre uniones convivenciales y filiación, resulta confusa. Es verdad que los hijos son parientes. Lo que sucede es que es ilógico pensar en la familia extendida antes que en los hijos, cuando se piensa en el matrimonio. Por otra parte, los hijos tienen un régimen netamente diferencial respecto de los demás parientes.

Otra alternativa sería situar el libro del parentesco antes del matrimonio y la filiación, toda vez que estos dos son las causas del parentesco. No obstante, parece más razonable situar primero las causas del parentesco y luego su regulación.

Es importante mencionar que en el texto que nos llegó hay un capítulo con numeración repetida. Se trata del Capítulo 4 de nulidad dentro del Título de Adopción. Suponemos que el Capítulo de Nulidad de la Adopción debería llevar el número 6.

Cuestión de nombres: importancia de la simetría

Era Fassi quien sostenía que el amor a la simetría es padre de muchos errores. Sin embargo, los actuales consejos en materia de redacción jurídica, señalan la conveniencia de recurrir a estructuras simétricas para facilitar la comprensión de los enunciados.

En este sentido, sería conveniente unificar la denominación de los capítulos preliminares. Se intitula con frecuencia a los capítulos preliminares de “Disposiciones generales”, y otras veces utilizan otras denominaciones para el capítulo preliminar tales como: “Principios de libertad e igualdad” o “Principios generales”. Sería preferible unificar la denominación para mayor prolijidad. Nada obsta a que las “Disposiciones generales” contengan “principios”.

En segundo lugar, sería conveniente utilizar un mismo criterio para denominar los títulos y los capítulos. Si se va a utilizar al modo de un tratado “De la responsabilidad parental” o “De la celebración del matrimonio”, sería conveniente que todos los títulos tuvieran la misma estructura. Sin embargo, parece más conveniente y actual titular simplemente: “Disolución del matrimonio”, “Determinación de la filiación”. Se entiende: quitar el “De...” y el artículo simplifica la redacción.

En tercer lugar, sería conveniente abstraer en los títulos. Algunos títulos por afán descriptivo son extremadamente largos. Por ej.: “Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la patria potestad” (atención que se cuele la patria potestad, creemos que deliberadamente excluida del discurso). Sería más simple referirse al “Fin de la patria potestad” y desarrollar en el contenido cuestiones análogas como la suspensión. Lo mismo “Representación, Disposición y Administración de los bienes del hijo mayor de edad”. Sería preferible algún otro título que pudiera subsumir aquellos contenidos. Si no se encuentra un título que los subsuma, es porque no constituyen una unidad y requieren una división temática.

Graciela Medina³, por su parte, ha señalado la existencia de incoherencias semánticas. Un ejemplo puede ser el de la patria potestad y la responsabilidad parental. Es difícil establecer las conexiones internas entre los estatutos regulatorios si la denominación interna del Código Civil no es homogénea.

Por último, las innovaciones semánticas deberían restringirse al mínimo. De acuerdo al criterio por el que ha optado la reforma brasileña, el “hombre común”, el abogado común asocia instituciones a palabras. Más allá de que las instituciones se vayan “aggiornando”, la palabra ata un historial de jurisprudencia y doctrina que enriquece la institución. Hacer tabula rasa con todo lo habido hasta ahora es nocivo respecto del conocimiento del derecho y su práctica.

3. Oralmente, en reuniones de estudio.