

Basset, Úrsula C.

Parentesco : consideraciones generales

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). Parentesco : consideraciones generales [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/parentesco-consideraciones-generales-basset.pdf> [Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PARENTESCO. CONSIDERACIONES GENERALES

ÚRSULA C. BASSET

Los lineamientos regulatorios del parentesco no resultan claros; las causas fuentes del estado de familia son pendulares y en algún punto, arbitrarias. El Art. 529 del Código Civil regula el parentesco como el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad (versión del 12.04.2012).

Del examen de cada una de estas causas-fuentes, en su regulación específica, parece haberse potenciado como causa-fuente de parentesco la voluntad arbitraria (como causa única, sin escrutinio de idoneidad del que pretende el vínculo). No obstante: esa prevalencia de la voluntad arbitraria de los adultos no se aplica cuando el parentesco es causado por adopción. En ese caso, predomina más bien una tendencia biologista. La relevancia del elemento biológico vuelve a diluirse en las presunciones matrimoniales. Allí la causa del estado de familia es una presunción dogmática que puede estar totalmente divorciada de la realidad biológica (el caso de las parejas de personas del mismo sexo). En ese caso, la causa fuente del estado de familia sería el matrimonio. Reviven así las presunciones de paternidad con un vigor que solo puede encontrarse en estratos antiguos y paternalistas del derecho. Se trata de un orden público beneficiario de adultos. Análogamente, en el caso de fecundación *in vitro*.

El derecho subjetivo de los niños a contestar su estado de familia también es pendular. Mientras la adopción sigue siendo un instituto de última razón y se menoscaban los supuestos en que procede la adopción plena, promoviendo así una estabilidad del vínculo con la familia biológica; en los casos de filiación matrimonial se facilita la contestación del estado ampliando plazos y legitimaciones. El niño, si bien estaría en mejor situación para contestar una filiación biológica presumida visiblemente ficticia (el caso de dos personas del mismo sexo que pretenden ser progenitores de un niño); también vería fragilizada filiaciones con posesión de estado comprobado por varios años, aun cuando el niño no pretenda contestar su estado. Finalmente, si el niño tiene la desgracia de haber sido concebido por fecundación *in vitro*, no tendrá acceso a ninguna acción: todas las acciones le son sistemáticamente denegadas.

No queda claro si los nexos surgidos entre los unidos en una convivencia después de dos años generan o no parentesco, por lo cual no se sabe si existe o no lazo alguno que obligue respecto de los parientes de él o la conviviente. Ciertamente no se trata del parentesco por afinidad, ya que este, según el Proyecto tiene causa exclusivamente en el matrimonio (Art. 536: “es el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge”).

Como puede advertirse, desde el punto de vista teórico, el parentesco y la regulación del estado de familia es un rompecabezas heterogéneo.

A grandes rasgos, este rompecabezas favorece empero a los adultos homosexuales. Digamos que está diseñado a medida de los reclamos de las parejas de personas del mismo sexo que desean tener hijos propios. De este modo, lejos de ser paidocéntrica, la nueva regulación del estado de familia se ha vuelto homonormativa (hecha a medida según la modalidad relacional homosexual y lésbica), y

no acorde a la modalidad relacional heterosexual. Se trata de otro movimiento pendular del Proyecto. De la heteronormatividad, el derecho había comenzado a hacer creciente lugar al paidocentrismo, del paidocentrismo a menos de dos años de la ley 26.618 se promueve un modelo de matrimonio y familia netamente homocéntricos (centrados en el modelo de las relaciones homosexuales y lésbicas, y diseñado para responder a sus necesidades, reclamos e inquietudes). De esta forma, por “igualar” formalmente, se desiguala en la realidad, dejando desprotegidos vastos colectivos sociales: no solo las parejas heterosexuales, sino sobre todo, los derechos de los niños.

El parentesco elástico para la adopción no parece respetar el principio de igualdad de las filiaciones ante la ley. El Art. 535 in fine dispone: “En ambos casos (de parentesco por adopción simple y plena) el parentesco se crea con los límites determinados por este Código y la decisión judicial que dispone la adopción.” Eso da a entender que la extensión del parentesco en la adopción podría ser variable en cada caso, lo que da por tierra con el principio constitucional de igualdad de las filiaciones.

En la regulación de los alimentos se advierten algunas regulaciones espasmódicas, que a nuestro modo de ver responden a la confusión que impera en materia de parentesco. No es razonable disponer que para todos los casos de alimentos la extensión de los mismos incluya el esparcimiento y la educación. El Art. 541 del Cód. proyectado dispone que ambos rubros estarán incluidos. La situación genera injusticias, porque el criterio de alimentos a parientes estuvo históricamente regido por el criterio de que se cubren tan solo las necesidades imprescindibles de orden material¹. Es verdad que este criterio fue materia de discusión doctrinaria y jurisprudencial, y la incorporación de los rubros de educación y esparcimiento ya estaban presentes en el proyecto de 1998. De todas formas, de mantenerse este criterio, sería contradictorio con el principio de subsidiariedad que preside dichas obligaciones alimentarias. Por otra parte, el derecho no demostraría la diferencia entre los alimentos a los hijos y los debidos a parientes, lo cual, desde el punto de vista teórico, parece ser un error.

En cuanto a la modalidad de pago, no parece razonable impedir a las partes que convengan libremente la modalidad de pago. El Art. 542 establece que el pago se hace en dinero, salvo que el obligado justifique motivos suficientes. Pero, ¿y si es el alimentado el que prefiere que le paguen en especie?

En cuanto a la actualización del dinero adeudado, sería sumamente trascendente asentar en algún artículo que la obligación alimentaria es de valor y que consolidada la deuda genera intereses.

Sería igualmente conveniente que se incorporara alguna sanción a la mala fe del deudor alimentario.

Respecto del régimen de visitas, nuevamente se proyecta el caos en materia de estado de familia. El régimen de visitas a aquellos quien justifique un “interés afectivo legítimo” (Art. 556) nos parece abusivo para el pariente que tiene a su cuidado al enfermo. A la larga impactará en la solidaridad familiar.

El que exista “interesados” con derecho de visitas pero sin el correlato de obligaciones viola el principio de congruencia.

El “interés afectivo legítimo” es evanescente y justifica un número tan amplio de casos, que genera inseguridad jurídica. El afecto, decimos nuevamente, no es un estándar jurídico válido. Podría justificar que personas que tienen rivalidad manifiesta con quien ejerce el cuidado del enfermo invoquen el derecho de visita, aun cuando el vínculo con el enfermo sea feble (advírtase que no se exige siquiera una proximidad vincular sino un mero interés vago de índole afectiva).

En definitiva, respecto del parentesco, consideramos que existen imprecisiones en materia de estado de familia que se proyectan en numerosas instituciones al punto de violar el principio de igualdad. En materia de alimentos y régimen de visitas, estas imprecisiones ocasionarán litigiosida-

1. BELLUSCIO, Claudio, *Prestación alimentaria*, Eudeba, Buenos Aires, 2006, p. 483.

des e injusticias. La extensión alimentaria respecto de parientes no es consistente con la debida a los hijos menores, que la modalidad de pago debería poderse pactar entre alimentante y alimentado, que debería establecerse que la obligación alimentaria es de valor, para zanjar estériles discusiones, y que el interés afectivo legítimo en materia de derecho de visitas a parientes es un estándar conflictivo que generará nueva litigiosidad.