



PERSONA Y FAMILIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

voluntad procreacional
Código Civil
Niños discriminación
voluntad procreacional
hijos por naturaleza Padre
fecundación artificial orígenes biológicos
voluntad procreacional Hijos
Padres voluntad procreacional
hijos por naturaleza Hijos
Madre discriminación
Código Civil hijos por naturaleza
Código Civil
fecundación artificial



Índice

Inicio de la vida humana.....	4
Perspectivas Eugenésicas del Proyecto	11
Las técnicas de Fecundación Artificial	13
El alquiler de vientre, una forma de explotación de la mujer y cosificación del niño	17
La fecundación post mortem	22
La reaparición de categorías de hijos.....	25
El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el Proyecto	28
Matrimonio, divorcio y unión convivencial	33
Modificaciones sugeridas al texto del Proyecto.....	38

Inicio de la vida humana

Resumen ejecutivo

- El proyecto de Código Civil 2012 prevé un doble régimen para el inicio de la personalidad, según el modo como una persona sea concebida: aquéllos que han sido concebidos en forma natural, gozarán de este derecho desde su concepción; quienes lo hayan sido por procreación artificial, recién en el momento de ser implantados en la mujer.
- La Academia Nacional de Medicina ya se ha pronunciado sobre el comienzo de la vida humana desde la concepción.
- Las razones por las cuales se niega el reconocimiento de la personalidad a una categoría de seres humanos son de naturaleza económica y política
- La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en varios fallos de los últimos años, reconoció que la persona comienza desde la concepción.
- Algunas disposiciones sobre este tema son contradictorias entre sí.

1. ¿Qué dice el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial sobre este tema?

El proyecto de reforma que propone la unificación del Código Civil y Comercial de la República, dispone en su artículo 19 lo siguiente:

"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de 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".

Como se puede apreciar la norma en análisis prevé un **doble régimen para el inicio de la vida conforme la forma en que una persona haya sido gestada**: si fue por medio de la unión sexual de un varón y una mujer (procreación) la vida comienza desde la concepción; mientras que si fue mediante lo que el proyecto denomina "técnicas de reproducción humana asistida", la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano.

En consecuencia, **los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas, al no ser considerados personas, quedaran arbitrariamente desamparados** a pesar de la referencia que se hace en la última parte del artículo 19 sobre la ley especial que se dictaría al efecto para su protección, máxime a la luz de los proyectos que sobre fecundación artificial se encuentran hoy en debate en el Congreso Nacional.

2. ¿Cuándo empieza la vida humana?

Está científicamente comprobado que la vida humana comienza desde la concepción. Desde el momento en que el óvulo (gameto femenino) es fecundado por el espermatozoide (gameto masculino) nace un ser distinto de la madre y del padre, con capacidad de desarrollarse por sí mismo.

El proceso de gestación es gradual, continuo y de coherencia interna, en cuanto conduce necesariamente al nacimiento. De allí que ninguna etapa del desarrollo pueda separarse de las demás y contar con autonomía suficiente como para atribuirle el carácter de iniciador de la vida humana. Todos ellos son el resultado de la anterior y como tales presentan un único punto de partida: la concepción.

3. Entonces, ¿por qué se desconoce esta realidad biológica?

De este modo, **la definición del inicio de la persona en el proyecto de Código Civil no está redactada pensando en el ser humano en sí, sino como mero recurso legitimador de prácticas que se consideran una realidad inevitable.**

Creemos que así no se encara el tema con la objetividad que merece, objetividad que debiera permitir la posibilidad de considerar la realidad, en toda su complejidad, para poder tomar una decisión que sea lo más justa posible. Por el contrario, se revela una cierta tendencia a acomodar la realidad de la persona humana a través del lenguaje, de modo que el status que se vaya a imponer al embrión no obstaculice determinadas prácticas biotecnológicas.

Por otra parte, cabe acotar que aún si considerásemos a la noción jurídica de persona como una herramienta en manos del legislador para acomodarla en función de ciertos intereses, tendríamos que tomar en cuenta que **la cuestión del inicio de la vida en un código civil excede en mucho el problema de la criopreservación.** De hecho, hoy la experimentación sobre embriones humanos para la **obtención de células estaminales** es uno de los grandes problemas jurídicos, que a su vez involucra otras temáticas como el **patentamiento de esas biotecnologías, la utilización de fondos públicos, la licitud de la clonación y otros experimentos.** De modo que, para una mayor transparencia, podemos decir que todos estos tópicos están subyacentes a la cuestión del inicio de la vida y que por tanto no se circunscribe el debate al tema de la criopreservación de embriones. Como veremos luego, tendríamos que discutir a fondo qué intereses deberían guiar la regulación civil y en este punto **advertimos que Europa se enmarca en una tendencia contraria, por ejemplo, al patentamiento de las invenciones basadas en la destrucción de embriones humanos en razón de la dignidad humana.**

Establecer el inicio de la vida en un momento distinto al de la concepción presenta las siguientes consecuencias:

- a) **Permite la manipulación genética de embriones.** Lo que la manipulación genética permite es modificar la información y el caudal genético de la especie. Si bien podría utilizarse para beneficio de la humanidad, permitiendo entre otras cosas, la curación de enfermedades, al realizarse sobre embriones humanos se estaría **"fabricando" hombres de laboratorio.** En otras palabras, mediante estas técnicas se podría gestar un niño con las características físicas que sus padres desean. Así, se podría fabricar un niño superdotado, sin

ninguna enfermedad, o bien un niño que traiga la cura a enfermedades de otras personas y muchas cosas más, que hacen ver al hombre como una máquina, como un instrumento de laboratorio o un objeto.

- b) **Admite la realización de las "técnicas de reproducción humana asistida"**. Para que las TRA sean exitosas (esto es, permitan que una mujer quede encinta y lleve a término su embarazo), varios son los embriones que se obtienen en el laboratorio de los cuales sólo algunos son transferidos a la mujer gestante. Por lo tanto, considerar que la vida comienza desde la concepción presenta el inconveniente de **qué hacer con los embriones no implantados dado que también son personas**.
- c) Permite la experimentación sobre embriones humanos para la obtención de células estaminales.
- d) Autoriza el aborto de embriones humanos.
- e) **Crea un mercado de gametos e incluso de embriones, con la consiguiente cosificación de la persona y la inaceptable comercialización del cuerpo humano**.

Como se puede apreciar, **cuestiones económicas, políticas e ideológicas inspiran la aceptación del inicio de la vida en una etapa posterior a la concepción**, lo cual carece de todo sentido. **Es competencia de la ciencia biológica, la embriología y la genética en particular determinar cuándo un ser humano deviene a la existencia y ello ha sido claramente reconocido en la concepción**.

4. ¿Toda vida humana merece protección?

La embriología describe el momento del inicio de la vida humana en la concepción. A partir de la unión del gameto femenino (ovocito) y el masculino (espermatozoide) se inicia la vida humana, totalmente presente y capaz de dirigir su desarrollo hasta el momento de su muerte. Este dato científico no puede ser desconocido por las leyes, las cuales han de legislar en base a la realidad biológica y ontológica descripta, sin hacer distinciones donde la naturaleza no las hace.

Es cierto que hasta hace algunos años no todas las vidas humanas eran respetadas. Así, algunos Estados negaron a ciertos grupos de personas su carácter de tales en función de su color de piel o de la religión que profesaban. Por ejemplo, "en la *Canada Indian Act* de 1880 se sostenía que 'persona significa un individuo distinto a un indio'. En la *Canada Franchise Act* 1885 se definía una persona como 'una persona masculina incluyendo a un indio y excluyendo a una persona de raza de Mongolia o China'. En 1912, la Corte de Apelaciones de Columbia Británica sostuvo que las mujeres no eran personas y por tanto no eran elegibles para entrar en la profesión legal. En 1928 la Corte Suprema de Canadá excluyó a las mujeres de la definición de persona y sostuvo que las mujeres no eran elegibles para una designación en Senado de Canadá".

Hoy en día, tales legislaciones resultan inconcebibles. Mas, considerar que los embriones no implantados no son seres humanos, a la luz de la ciencia actual, merece la misma crítica.

5. ¿Qué dice la Academia Nacional de Medicina sobre el inicio de la vida?

En el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010, la Academia Nacional de Medicina considera:

- 1) **Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano** cuya existencia comienza **al momento de su concepción**. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.
- 2) Que **destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano**.
- 3) Que **el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción**. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.
- 4) Que el **derecho a la "objección de conciencia"** implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional).

6. ¿Qué dice la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema?

a) "Sánchez, Elvira Berta c/M^o J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)" 22-05-2007 (T. 330, P. 2304): *"El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni)."*

b) "Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación" 03-05-2007 (T. 330, P. 1989): *"El principio de hermenéutica jurídica in dubio pro justitia socialis tiene categoría constitucional pues las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad".*

"Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" 07-11-2006 (T. 329, P. 4918): *"El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"*

7. ¿El derecho otorga o reconoce la personalidad jurídica?

Hoy en día es común pensar que lo que alguien quiere o desea es su derecho y por lo tanto debe ser reconocido y respetado por toda la sociedad. Este pensamiento es falaz. Las cosas son buenas porque están en relación con su esencia, son ontológicamente buenas. **Al tener la ley como finalidad el ordenamiento de los hombres hacia el bien común, sólo puede reconocerse como derechos aquellas cosas que en su "ser" son buenas.**

La vida humana constituye un bien en sí, y, como tal, merece que las leyes la reconozcan como un derecho inherente a todo ser humano, independiente de cualquier etapa de desarrollo, funcionamiento o condición. El derecho no debe hacer distinciones allí donde la ciencia de base (la biología) no las hace.

8. La Constitución Nacional

Hasta antes de la reforma del 94, se reconocía dentro de la enunciación del artículo 33 de nuestra Carta Magna el derecho a la vida como uno de los derechos implícitos no enumerados. La Corte se había encargado de especificar que tal derecho debía reconocerse desde la concepción. Tal problema desapareció luego de la reforma con la **incorporación en el artículo 75 inciso 22 de los tratados con jerarquía constitucional. En ellos explícitamente se reconoce el derecho a la vida** y a la personalidad jurídica como a continuación se observa:

- a) El art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948): "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales";
- b) El art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996), que dispone: "Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica";
- c) El art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que reconoce que "persona es todo ser humano" y que se complementa con el art. 3 que dice: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

9. Incompatibilidades del artículo 19 con otras partes del Proyecto

La distinción propuesta en el artículo 19 no guarda coherencia con otras normas incorporadas en el Anteproyecto. Así:

"ARTÍCULO 17.- Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales".

Bajo esta disposición **podríamos considerar que los embriones no implantados son un "cuerpo humano" y siendo que "tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona"**

ninguna duda cabe de que los embriones no implantados son seres humanos.

“ARTÍCULO 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de TRESCIENTOS (300) días y el mínimo de CIENTO OCHENTA (180), excluyendo el día del nacimiento”.

Aquí se habla sólo de concepción, omitiendo toda referencia a las técnicas de reproducción artificial o el proceso de implantación. En consecuencia, cabe preguntarse si esta norma es aplicable a todos los niños o si aquellos nacidos mediante las TRA deben probar la duración del embarazo de otra manera.

Asimismo, el artículo 19 en análisis resulta incompatible con el fundamento de la “Constitucionalización del derecho privado” esbozado para la redacción de este nuevo código. En efecto, bajo este título se lee lo siguiente:

“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Pues bien, el mismo texto de los fundamentos del proyecto 2012 dice párrafos más abajo que la principal institución-noción-figura jurídica del código, la persona humana, sólo se regula a los fines del código y sin proyección sobre otros ordenamientos. Una clara y tajante división, incompatible con el declamado principio de constitucionalización del derecho privado.

10. ¿Sabía usted que...

- **A nivel mundial no existe ningún ordenamiento jurídico que prevea un doble régimen para el inicio de la vida?** Asimismo, ningún otro país remite a una ley especial para regular la situación de los embriones no implantados.
- La tendencia mayoritaria de la doctrina civilista es reconocer el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción?
- El reconocimiento de la personalidad del embrión se inscribe en una tradición jurídica que se remonta al derecho romano donde se había acuñado el adagio “*naciturus pro iam nato haetur*” (al por nacer se lo

tiene por nacido)? Entonces, si los romanos pudieron ver esta realidad, ¿por qué nosotros hemos de desconocerla?

- Los embriones no implantados se han convertido en un codiciado material biológico?
- **La norma del artículo 19 resulta arbitraria y discriminadora?**
- **El proyecto no brinda ninguna solución a los embriones crioconservados en caso de divorcio, separación, abandono o muerte de sus padres?** Asimismo, nada se dice sobre el caso de varios nacimientos en un mismo parto.
- El término "pre embrión" fue acuñado por científicos ingleses para justificar la experimentación con embriones humanos, pero no es aceptado por la mayoría de la comunidad científica?

Perspectivas Eugenésicas del Proyecto

La definición del inicio de la vida del artículo 19 tiene graves consecuencias cuando se la analiza en conjunto con el proyectado artículo 57, pues se abre la puerta a algunas prácticas eugenésicas graves, incompatibles con la dignidad humana.

El artículo 57 del proyecto de 2012 propone:

ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

- **Proyecto de 1998:** la norma reconoce como antecedente el artículo art. 111 del proyecto de 1998 (“prácticas eugenésicas”), que a su vez tomaba como fuente el artículo 16-4 del Código Civil Francés que prohíbe atentar contra la integridad de la especie humana, prohíbe expresamente cualquier práctica eugenésica y la clonación.
- **Seres humanos ya existentes: entendemos que la norma comprende intervenciones directamente encaminadas a modificar la información genética de un ser humano concebido, nacido o por nacer.** En la literatura científica, una vez que la persona ha sido concebida, la ingeniería genética está intentado desarrollar lo que llamamos “terapia génica”, pero se ha encontrado con obstáculos serios y no se ha pasado de experimentos. Las posibilidades de “mejora” (enhancement) genética se han debatido a nivel teórico para casos como los deportes u otras actividades, pero no existen –hasta donde conocemos- prácticas en marcha en la materia.
- **La cuestión de los embriones concebidos in vitro: entendemos que la prohibición del artículo 57 debería abarcar tanto a las personas concebidas intracorpóreamente como a las que hayan sido concebidas extracorpóreamente.** El tema es de gran actualidad porque tiende a difundirse el diagnóstico genético preimplantacional¹. Este estudio –que no es un diagnóstico en sentido propio- es un típico caso de discriminación genética y se enmarca en una mentalidad eugenésica, de modo que debería considerarse como prohibido a la luz de este artículo 57.
- **Selección de gametos: La mención a la descendencia parece incluir también lo relativo a la selección de gametos en forma previa a la fecundación.** En este punto, la prohibición del artículo 57 parece dirigida a evitar la selección de gametos por algunas características deseadas **y eso resulta positivo**, más allá de las objeciones de fondo que merecen las técnicas de fecundación artificial.
- **La excepción:** la norma general prohibitiva del artículo 57 es acompañada de una **excepción tan abierta que termina desdibujando la finalidad de tutela de la persona** humana que persigue la norma. Se exceptúan

¹ Para profundizar el tema, nos remitimos a nuestro libro: “Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente”, Buenos Aires, EDUCA, 2011, 832 p., en especial el Capítulo 12.

las prácticas “que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas”. **¿Quién determina qué es una enfermedad genética implicada en esta ley? ¿La autoridad nacional? ¿La autoridad local? ¿Quién determina cómo se mide la posibilidad de intervenir para evitar la predisposición de enfermedades?**

- **¿Eliminar a los genéticamente enfermos?** La excepción contemplada en el artículo 57 proyectado abre muchas dudas por su amplitud. Por ejemplo, no se aclara si se prohíbe eliminar a los seres humanos que sean genéticamente enfermos. De admitirse esa posibilidad, que resultaría contraria a otras normas constitucionales, supondría un grave atentado contra la vida humana. Debería suponerse que no está admitida por aplicación del principio de inviolabilidad de la vida humana contenido en el artículo 51.
- **¿Acciones de responsabilidad?** Un aspecto no considerado es el relativo a la **responsabilidad que podría emerger si una persona no hubiera hecho lo posible por evitar la transmisión de una enfermedad grave**. Se trata de las acciones conocidas como “**wrongful life**” (**vida equivocada**) y “**wrongful birth**” (**nacimiento equivocado**). Es claro que el proyecto no quiere “obligar” a prevenir esas enfermedades, pero la verdad es que la práctica supone una creciente presión sobre los padres y los médicos, máxime si pueden enfrentar acciones de responsabilidad por no ofrecer estos estudios a tiempo. Por estos motivos, que llevan a conclusiones que terminan traicionando los ideales médicos, creemos que no se pueden incluir excepciones en la materia.
- **¿Expansión de estudios genéticos?** Cabe preguntarse si con esta norma no se producirá una expansión de los estudios genéticos en vistas a la transmisión de la vida humana y si no se irá configurando un auténtico dinamismo eugenésico, que ya no resultará el fruto de una planificación estatal, sino de la elección de miles de personas puestas a elegir las características genéticas de la descendencia. Cobra aquí importancia la exclusión del término “eugenésico”, presente en 1998 y ausente en el proyecto de 2012.

En síntesis, parece muy positiva la norma en su primera parte prohibitiva, pero **la excepción** contenida en la parte final **corre el riesgo de transformarse en el verdadero parámetro** para resolver las cuestiones bioéticas vinculadas con la genética humana. Creemos que **la complejidad de los temas genéticos exige una mayor precisión en la redacción de los textos legales y sobre todo una firme defensa de la dignidad** de cada vida humana, desde la concepción.

Las técnicas de Fecundación Artificial

Resumen ejecutivo

- El proyecto de Código Civil presupone la realización en nuestro país de las técnicas de fecundación artificial y se limita a regular sus efectos filiatorios.
- **Las técnicas de fecundación artificial vulneran el derecho a la vida, el derecho a la identidad y la igualdad ante la ley.**
- Se afecta el derecho a la vida porque las técnicas de fecundación artificial involucran la **pérdida de muchos embriones humanos**.
- El derecho a la identidad está comprometido porque **se adopta la denominada "voluntad procreacional" y permite la dación de gametos casi sin límites, afectando el derecho a la identidad**.
- Además, el proyecto elimina los términos maternidad y paternidad para los hijos concebidos por técnicas y los sustituye por "vínculos filiatorios", "progenitores" o "comitentes".
- No obstante, el proyecto presenta algunos dilemas jurídicos en torno a la filiación de los hijos concebidos por estas técnicas, y particularmente en los casos de embriones congelados abandonados.
- **La igualdad ante la ley aparece violentada porque se introduce una discriminación entre los hijos según el modo en que son concebidos.**
- Además, el proyectado artículo 19 introduce una injusta discriminación según el modo de concepción de los seres humanos **y desconoce a los embriones no implantados la calidad de personas humanas**.

1. ¿Qué son las técnicas de fecundación artificial?

Las técnicas de fecundación artificial son procedimientos encaminados a la concepción de un ser humano por una vía distinta de la unión sexual entre varón y mujer.

Según el lugar donde se produce la concepción se clasifican en intracorpóreas (la concepción se produce dentro del cuerpo de la mujer) o extracorpóreas (se produce fuera del cuerpo de la mujer).

Según el origen de los gametos, se clasifican en homólogas (los gametos provienen del matrimonio que se somete a las técnicas) o heterólogas (los gametos provienen de terceros).

Finalidades: las técnicas **ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad** y comprenden finalidades como:

- a) Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad.
- b) Evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo.
- c) Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo.

- d) Concebir un hijo por pura "voluntad procreacional", ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores
- e) Concebir embriones a los fines de experimentación.

Análisis crítico: El proyecto de Código Civil 2012 regula sólo los efectos filiatorios de la fecundación artificial, ignorando las objeciones de fondo éticas y jurídicas que merecen estas técnicas y que podemos resumir:

- **Cosificación del niño** por nacer y la **introducción de una lógica productiva en la transmisión de la vida humana**, disociando la sexualidad y la procreación.
- **Afectación del derecho a la vida de los niños concebidos** por estas técnicas, ya sea **por su eliminación deliberada**, como **por las altas tasas de mortalidad** que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo.
- **Afectación del derecho a vivir de los niños, por la crioconservación** de embriones.
- **Afectación del derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas heterólogas.**
- **Violación del derecho a la igualdad, en la selección de los embriones** que serán transferidos.

2. Derecho a la vida afectado por las técnicas de fecundación artificial extracorpóreas

La primera gran objeción a la regulación propuesta se refiere a la **indefensión jurídica en que quedan los embriones concebidos extracorpóreamente**. En contra de lo dispuesto por la Constitución y los Tratados que Argentina ha suscripto, el artículo 19 del proyecto de Código Civil 2012 pretende desconocer a los embriones humanos no implantados el carácter de personas humanas.

Esta distinción introduce una discriminación entre los embriones humanos según el modo como son concebidos: **los que son concebidos por "naturaleza" son personas, mientras que los que son concebidos por técnicas de fecundación artificial no lo son hasta su implantación.**

Se afirma que se dictará una ley especial de protección de los embriones, pero ello, si bien brinda una pauta hermenéutica, no resulta suficiente frente a las tasas de fracaso que presentan las técnicas y que acarrearán la pérdida de muchos embriones humanos. Un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece valiosa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, **para obtener un bebé nacido vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa**. El país con mejor "tasa" es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,6².

Igualmente no resulta suficiente la remisión a una ley especial frente a las eventuales presiones para imponer a los embriones un destino de muerte para fines de experimentación o comercialización.

Para la ciencia y para el derecho, el embrión concebido por estas técnicas, ya sea dentro o fuera del seno materno, es persona por nacer. Vale recordar que para la Constitución Argentina, "persona es todo ser humano" (cfr. art. 75 inc. 22,

² HOUSE OF COMMONS, COMMITTEE ON SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Fifth Report*, Marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsstech/7/702.htm>

Constitución Nacional y Pacto de San José de Costa Rica, art. 1 inc. 2). La Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, reconoce que comienza la existencia de la persona desde la concepción y por el Código Civil el embrión humano recibe el nombre de "persona por nacer" y está sujeto desde la concepción a la patria potestad (arts. 63, 70 y 264).

3. Tasas reales de efectividad

Un informe del Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas:

- 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI
- Hubo 43.257 extracciones, obteniéndose 285.042 óvulos, con un promedio de 6,6 óvulos por extracción.
- Se obtuvieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación
- De estos, fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.
- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Sólo el 3.5% de los óvulos extraídos y sólo el 10% de los embriones iniciales terminaron implantándose.
- los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8.1%.
- Con respecto a la cantidad de óvulos extraídos (285.042), si sólo 8043 resultaron en un nacimiento, quiere decir que la tasa de éxito por óvulo extraído es más baja aún: $8043 / 285.042 = 0.028$, aproximadamente un 3%
- Sin considerar todavía que 7.337 embriones fueron crioconservados

Fuente: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1568_allegato.pdf

4. ¿Qué sucede con los embriones crioconservados abandonados en el proyecto de Código Civil?

Un aspecto no menor que no se ha considerado es el relativo a la situación de los embriones crioconservados abandonados. Ya nos hemos referido al problema de su falta de reconocimiento como personas.

¿En qué consiste la crioconservación de embriones?

Con el fin de aumentar las posibilidades del embarazo, quienes aplican estas técnicas aumentaron la cantidad de óvulos que son fertilizados. De esta forma, son concebidos fuera del cuerpo de la madre numerosos embriones planteándose el siguiente dilema: **si todos son sus "transferidos" en una misma oportunidad, se corre el riesgo de un embarazo múltiple, mientras que si se transfieren "algunos" de éstos (seleccionados por el médico), surge el interrogante de qué hacer con los "sobrantes"**. Estos embriones **son hoy "congelados"**, para disponer así de un "lote de reserva" para proceder a nuevos intentos de transferencia si el primero fracasaba.

Nos preguntamos: ¿Por qué debe haber embriones "sobrantes"? ¿Se justifica que en la búsqueda de una "mayor eficacia" se fertilicen tantos óvulos, sabiendo que algunos de los embriones así concebidos deberán ser congelados?

Dilemas planteados por el proyecto de Código Civil 2012 sobre la situación de los embriones congelados abandonados

Según el artículo 560, "**el consentimiento** (para las técnicas de reproducción médicamente asistida) **es libremente revocable** mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella". Igualmente el mismo artículo dispone: "Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones

Pues bien, veamos algunas consecuencias de la regulación propuesta:

- a) **Madre sola:** si la mujer ha dado su consentimiento y el varón lo revoca, el hijo no podrá ser considerado como hijo del varón, pero nada se dice sobre si la mujer puede o no transferir al embrión así concebido. Esta situación genera la particularidad que el niño nacerá con un sólo vínculo filial y por tanto tendrá una desventaja notable en relación a todos los otros hijos por verse privado del vínculo paterno con todas las consecuencias que ello trae (ausencia de obligación alimentaria, ausencia de vocación hereditaria, ausencia de vínculo afectivo, afectación de la identidad).
- b) **Niño abandonado por la madre:** si la mujer lo revoca pero el varón no lo revoca, entonces el proyecto no nos brinda ninguna solución aceptable. El punto es que se trata de un embrión ya concebido y por tanto que cuenta con vínculos genéticos y filiatorios, y que el artículo 19 afirma que tiene que ser protegido.
- c) **Niño abandonado por ambos padres:** si ambos revocan el consentimiento, el embrión queda privado de los vínculos filiatorios, pero el artículo 19 igualmente exige que sea protegido.

En estas últimas dos situaciones, el proyecto de Código Civil no contiene ninguna norma que permita establecer cómo proceder.

Esta **laguna jurídica** en torno a los embriones crioconservados nos despierta interrogantes: ¿Qué impediría la compraventa de embriones? ¿Quiénes son los dueños: los que aportaron los gametos, los que encargaron el embrión, el médico, el centro de reproducción artificial?

Entendemos que toda esta maraña de problemas jurídicos y filiatorios **se resuelve con un pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de los embriones y con la adopción de medidas de prohibición de las técnicas de fecundación artificial, especialmente en sus modalidades extracorpóreas y heteróloga.**

El alquiler de vientre, una forma de explotación de la mujer y cosificación del niño

Resumen ejecutivo

- El proyecto de Código Civil 2012 incorpora en su artículo 562 el alquiler de vientre bajo la eufemística denominación de "gestación por sustitución".
- El alquiler de vientre es un contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento.
- La mujer gestante es un simple envase que debe limitarse a dar a un niño, que es tratado como una cosa que se compra y vende, incluso en un mercado que se ha tornado global.
- Se vulnera el derecho a la identidad de los niños y su dignidad.
- En el contrato de alquiler de vientre **hay abusivas cláusulas de vigilancia que restringen gravemente la intimidad, libertad y afectividad de la mujer.**
- En la experiencia internacional, donde India es el mayor destino de alquileres de vientre del mundo con casi 25.000 niños nacidos por esta técnica, se verifica que son las mujeres pobres las que ponen su cuerpo para esta polémica figura.

1. ¿Qué es el alquiler de vientre?

El alquiler de vientre es un complejo y controversial es un contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento.

Este contrato adopta cláusulas sumamente rigurosas sobre la mujer gestante, que revelan su explotación y la comercialización de la vida humana.

En el artículo 562 del proyecto de Código Civil 2012 presentado en el Congreso de Argentina se incluye esta polémica figura, que ha merecido un reproche mayoritario en la doctrina argentina y que muy pocos países en el mundo han receptado.

2. ¿Cuáles son las cláusulas de un contrato de alquiler de vientre en India?

- **Exámenes médicos psicológicos y físicos:** la mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de madre y padre genético; renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Tales pruebas, susceptibles de ser múltiples, podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego

del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN). Asimismo se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, como así también de estar presente al momento del alumbramiento.

- **Abstinencia de relaciones sexuales:** en el contrato la madre subrogante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.
- **Mantenimiento del embarazo:** durante este periodo la mujer gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico tratante de la técnica y obstetra -recordando que ambos deben ser designados con la aprobación de padre y madre genético-, las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías en presencia de la otra parte, y toda otra prueba que se crea conveniente como por ejemplo ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas. Expresamente se incluyen procedimientos médicos invasivos tales como: aquellos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas. Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.
- **Otras obligaciones sobre estilo de vida:** Existen otras conductas que se compromete a asumir la mujer gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo, o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo. También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico u obstetra, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan cafeína, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.
- **Muerte de los padres comitentes:** el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño.
- **Entrega del niño y renuncia a la patria potestad:** llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado.
- **Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades:** excepto que algunas cláusulas específicas del contrato, la madre subrogante y su marido asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis.
- **Obligación de dar muerte al niño en gestación (aborto):** la mujer gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre

amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.

- **Aborto selectivo:** como a la mujer se le pueden transferir hasta tres embriones, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán. Si la madre subrogante rechaza este aborto, se considera que es una violación del contrato, siempre que el médico compruebe que la salud de la gestante no está en peligro.
- **Peligro de vida en la mujer gestante:** el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.
- **Rescisión del contrato:** en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año-, para poder poner fin al contrato.
- **Incumplimiento:** en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos-; y se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.

Fuente: http://www.pulse-hospital.com/images/pdf/Surrogacy_Agreement.pdf

3. La historia de Premila Vaghela en India

El alquiler de vientre **en India se ha tornado en una industria que genera casi 25.000 nacimientos por año y que se expande rápidamente, consolidando al país como un destino buscado en el llamado "turismo reproductivo"**.

Las informaciones dan cuenta del creciente número de mujeres pobres que **pueden llegar a cobrar entre 2000 y 3000 dólares por cada gestación**, sobre todo en Gujarat, donde Anand se ha constituido como la capital global del alquiler de vientre.

En este contexto, ha causado conmoción la muerte de Premila Vaghela, quien a los 30 años alquiló su vientre a una pareja de norteamericanos. En mayo de 2012 durante un chequeo Premila mostró complicaciones y los médicos le hicieron una cesárea de emergencia, pero no se recuperó. El niño nació con bajo peso (1.740 kgs) y la madre fue enviada a un hospital privado donde murió. Todavía no se ha pronunciado la policía sobre la autopsia de Premila. Por su parte, la mujer norteamericana que alquiló el cuerpo de Premila viajó a India y ya tomó contacto con el recién nacido.

4. El proyecto de Código Civil 2012, ¿no propone una figura distinta al alquiler de vientre llamada "gestación por sustitución"?

Con ocasión del debate periodístico de los alcances del anteproyecto de reforma del Código Civil en la Argentina, diversos medios han afirmado que lo que se ha propuesto no es el "alquiler de vientre" sino la "gestación por sustitución". Para fundamentar esa afirmación se sostiene que, en el proyectado artículo 562, al

momento de homologar judicialmente el acuerdo de esta "gestación por sustitución", se deberá acreditar que "la gestante no ha recibido retribución" (inciso f).

Sin embargo, **se trata sólo de un maquillaje lingüístico** pues:

- a) **En ningún momento se prohíbe que el "centro de salud" cobre** por realizar estas supuestas acciones.
- b) **Un procedimiento de estas características no sería gratuito por los gastos** que involucra y en los fundamentos se afirma que se le brindará a la mujer alguna compensación económica.
- c) En medios periodísticos nacionales, se había informado un precio en el exterior que oscilaba entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en California (La Nación , "Crece el interés por el alquiler de vientre", 20 de agosto de 2011)
- d) En este contexto, **la mujer gestante sería la única que no cobra** y con ello se consumaría una **nueva forma de explotación de su cuerpo**, en este caso apropiándose los profesionales de manera inescrupulosa de su vientre.
- e) También habrá costosos seguros que contemplar y que se vincularán tanto con las conductas de salud de la mujer como con el normal desarrollo de los bebés.
- f) Finalmente, **la redacción del inciso f afirma que, al momento de la homologación judicial, se debe acreditar que la "mujer" "no ha recibido retribución"**. No es casual el uso del pasado y bien podría alguien alegar que la mujer no recibió retribución antes de la homologación judicial, pero que **nada prohíbe que la reciba luego**.

5. ¿Qué derechos están afectados en el alquiler de vientre?

- **Dignidad humana: el alquiler de vientre ofende la dignidad humana**, que exige no considerar nunca a un ser humano como si fuera una cosa comercializable. La afirmación del proyecto en el sentido que la gestante no cobra, no modifica en nada este hecho, pues el centro de fecundación artificial percibe altas sumas por este complejo contrato que se extiende durante al menos 10 meses.
- **Derecho a la identidad:** el niño queda privado de uno de los vínculos fundamentales de su identidad, la madre que lo gestó y dio a luz, y ve manipulada su vida como si fuera una cosa que se entrega contra un pago de dinero. En concreto, se vulneran los siguientes artículos de la **Convención sobre los Derechos del Niño:**

ARTÍCULO 7: 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

ARTÍCULO 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

- **Explotación de la mujer:** La segunda afectada es la mujer, pues es tomada como un mero envase y la experiencia indica que son las mujeres más pobres las que terminan siendo usadas en estos alquileres. Las cláusulas de los contratos son muy reveladoras de esta mentalidad: se obliga a la mujer hacerse estudios médicos, a un riguroso estilo de vida, a abortar al niño si hay malformaciones. No puede arrepentirse.

6. Los problemas jurídicos ocultos del alquiler de vientre

La redacción del proyecto no contempla diversas eventualidades que pueden ocurrir en el marco de las técnicas de fecundación artificial y por otras normas jurídicas sobre maternidad:

- **¿A cuántos intentos o “ciclos” de fecundación in vitro y transferencia embrionaria se compromete la mujer?**
- **¿Qué sucede si los embriones no se “implantan”** en el primer intento o si pierde el embarazo?
- **¿Quién goza de la licencia laboral por maternidad?**
- ¿Por qué en el proyecto hay que entregar de inmediato al niño y en las normas propuestas para la adopción de un bebé recién nacido hay que esperar un plazo mínimo de 45 días desde el nacimiento (cfr. artículo 607)?
- **¿Qué pasaría con las demás cuestiones del derecho laboral de la mujer embarazada, como la indemnización por despido?**
- Si la mujer gestante es casada, ¿necesita autorización de su cónyuge?
- **¿Quién ejerce la representación del niño por nacer** durante el tiempo del embarazo (cfr. artículo 101 inciso a)?
- En caso de muerte del niño por nacer o lesiones, ¿quién está legitimado a demandar? ¿La gestante, los comitentes, el centro de salud?
- ¿El pacto de “sustitución” supone ciertos resultados en términos de condiciones de salud del hijo? ¿Qué sucede si el parto es múltiple?
- **¿Qué pasa si se mueren los que encargaron al niño? ¿qué pasa si se divorcian? ¿qué pasa si nacen varios hijos?**

En España, la ley **14/2006 sobre técnicas de reproducción humana prohíbe la maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de vientre:**

ARTÍCULO 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

La fecundación post mortem

Resumen ejecutivo

- El proyecto de Código Civil y Comercial 2012 incorpora la polémica figura de la fecundación post-mortem en su artículo 563.
- Se permitirían diversas figuras que violan el derecho a la identidad de los niños concebidos de esta manera.
- El artículo es complejo y de ambigua interpretación. Se podrían plantear dos figuras en torno a la fecundación post-mortem.
- Por un lado, niños que tendrían sólo una madre y un padre premuerto de quien no serían hijos. Aquí la violación a la identidad consiste en privarlo al niño del vínculo filiatorio con quien aportó los gametos y engendrarlo deliberadamente huérfano.
- Por el otro, niños que tendrían dos vínculos filiatorios, pero uno de ellos en relación a una persona ya fallecida. Aquí se afecta el interés superior del niño y su identidad, al engendrarlo de manera provocada como huérfano.

1. ¿En qué consiste la fecundación post mortem?

El supuesto de la fecundación *post mortem* se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. Lo que no es así, en cambio, en el caso de la **implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón**, por fecundación de un óvulo de aquélla con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte.

2. La norma proyectada y sus diversos casos

El proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

- a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
- b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Por su parte, en el libro dedicado a las sucesiones encontramos la siguiente norma proyectada:

"ARTÍCULO 2279.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".

Del juego de estos artículos se pueden deducir diversas situaciones que analizamos a continuación:

- a) **Niño con una sola filiación post-mortem: Mujer que da a luz un niño concebido con gametos de una persona (cónyuge o conviviente) ya fallecida y sin su consentimiento:** En este caso, lo único que queda claro es que **el niño así concebido sólo tendrá vínculo filiatorio con su madre y no con la persona fallecida. No queda claro si la mujer puede hacer igualmente la fecundación, incluso sin límite de tiempo**, o si los consentimientos a los que se refieren los artículos 563 y 560 impedirían que la mujer haga la fecundación. El proyectado artículo 563 parece suponer que la mujer puede hacerlo y la única consecuencia es que no se lo anota como hijo de su cónyuge o conviviente muerto.

El proyectado artículo 563 estaría contemplando en este primer párrafo la posibilidad de que una mujer dé a luz un niño con su padre premuerto y sin que haya consentido. Bajo la lógica del niño, se le niega arbitrariamente el vínculo filiatorio y **se admite la existencia de un hijo sin padre en desmedro del derecho a la identidad que tiene todo ser humano.**

A su vez, como ha señalado agudamente Eduardo Sambrizzi, creemos que **es inconveniente la aplicación de la norma cuando la cónyuge o conviviente fallecida es una mujer**, por cuanto de darse el supuesto contemplado en la segunda parte del artículo, **el vínculo filiatorio** que en tal supuesto se producirá entre esa mujer y el nacido, **carece de una base real dada la inexistencia de todo vínculo con este último, no sólo biológico sino también social.**

- b) **Niño con dos filiaciones post-mortem: Mujer que da a luz un niño concebido con gametos de una persona (cónyuge o conviviente) ya fallecida y que consintió la fecundación post-mortem:** En este caso, se tienen que verificar las circunstancias de la segunda parte del artículo 563 (incisos a y b) y el hijo nace con dos filiaciones, aunque el padre se encuentra muerto y el niño se convierte en huérfano. Aquí la ley admite la doble filiación, pero permite engendrar intencionalmente a un niño huérfano.

3. La objeción de fondo: generación intencional de un niño huérfano.

En la fecundación post-mortem se priva intencionalmente al niño de una de sus filiaciones (paterna). De esta forma, el Derecho habilitaría la concepción de huérfanos, lo cual **resulta cruel para los niños**. Afirma la Dra. Basset que tendremos niños que serán concebidos de un padre ya premuerto, en una forma de filiación que está llamada a causar sufrimiento en esos niños (como toda orfandad, incluso la no querida), aunque resulte de una satisfacción de un deseo de trascendencia de un adulto o de la errónea proyección de mantener vivo, de alguna manera, a quien ya falleció (Basset Ursula, en "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012", Facultad de Derecho UCA, ED, Buenos Aires 2012).

La pérdida de un padre para un niño -por circunstancias de la vida- siempre es considerada como una situación indeseable y dolorosa para la salud emocional del niño que se ve privado de disfrutar de su padre, con todo lo que dicha figura implica para el desarrollo de su personalidad. Pero dicha situación resulta inaceptable cuando se pretende imponer por deseo de sus propios progenitores, por fuerte que sea ese deseo.

Por lo expuesto, sostenemos que la norma en cuestión agrede el interés superior del niño, de carácter prioritario por aplicación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño - que tiene jerarquía constitucional (Art. 75 inc 22, CN)-, como de la ley 26.061, y recordamos además, la recomendación practicada en el IX Congreso Mundial sobre Derechos de la Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1997, de prohibir expresamente la fecundación post mortem.

La fecundación post mortem en el Derecho comparado

- **En Italia**, la ley n° 40 del 19 de febrero de 2004 ("Normas en materia de procreación médicamente asistida), establece en su art. 5 (requisitos subjetivos) que: "pueden acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida parejas compuestas por personas mayores de edad, de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos" (la traducción es nuestra).

- **En Alemania**, la ley n° 745/90 del 13 de diciembre de 1990 ("Ley de protección del embrión"), establece en su art. 4 (fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem) que: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años quien: 3) fecundara artificialmente un óvulo con espermatozoides de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.

La reaparición de categorías de hijos

Resumen ejecutivo

- El proyecto de Código Civil 2012 diferencia entre dos categorías de hijos (al menos), con diferentes derechos cada una según su respectiva fuente de filiación.
- El elemento que determina la fuente de la filiación es la "voluntad procreacional" de los adultos, que reemplazaría al criterio biológico.
- A la "voluntad procreacional" se le otorga la capacidad de disociar los vínculos genéticos de los niños, contra lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Tenemos, así, diferente tratamiento según se trate de "hijos por naturaleza" e "hijos por fecundación artificial"
- Además de los reparos éticos que tal disociación y discriminación merecen, lo propuesto por el proyecto generaría dilemas de difícil resolución en materia filiatoria.

1. Fecundación Artificial como fuente de filiación y la afectación del derecho a la identidad

El proyecto incorpora las técnicas de reproducción humana asistida como una fuente de filiación autónoma:

"ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

En los fundamentos se sostiene:

- Las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación.
- La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.
- El dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.

Es decir, las técnicas de reproducción humana asistida se convierten en fuente de filiación en razón de sus "particularidades". **Ahora bien, no se especifica** cuáles son tales particularidades y sobre todo **qué interés superior se impone por sobre el interés de los niños de ver configurados sus vínculos filiatorios conforme a la identidad biológica** ya que desde la perspectiva del niño, no existe una diferencia sustancial entre haber sido concebido por naturaleza o por estas técnicas artificiales.

Por otra parte, no se alcanza a distinguir **por qué la voluntad procreacional puede justificar la disociación de vínculos genéticos y ello no se puede en la concepción por naturaleza.**

La voluntad procreacional como fundamento de la determinación de la filiación supone una alteración de los principios rectores en que se basa el derecho para determinar las relaciones filiatorias. En materia filiatoria, rige el principio biológico, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. Ello no es caprichoso sino que obedece a un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas, ni siquiera se respeta la utilización de gametos de los esposos que recurren a las técnicas.

En síntesis, esta propuesta del proyecto de Código Civil 2012 vulnera el derecho de los niños a la identidad, reconocido por la Convención sobre los Derechos del niño (arts. 7 y 8).

2. La reaparición de las categorías de hijos, violación de la igualdad

El proyecto significa un notable retroceso en esta igualdad de todos los niños ante la ley. En efecto, al regular de manera diferenciada la filiación "por naturaleza" y la filiación "mediante técnicas de reproducción humana asistida", se establecen dos estatutos jurídicos para los niños en función de la decisión de los adultos sobre el modo de engendrar.

Veamos en qué consiste ese tratamiento diferenciado:

	Hijos por naturaleza	Hijos por fecundación artificial.
Regla general	La filiación se determina por la verdad biológica	La filiación se determina por la voluntad procreacional
Maternidad	Se determina por el parto	Se determina por voluntad procreacional
Posibilidad de reclamar filiación	Puede reclamar la filiación contra su madre o padre biológico	No puede reclamar filiación
Deber de procurar determinar la paternidad	Existe obligación jurídica de determinar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna	No se permite indagar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna.
Posibilidad de impugnar la maternidad o la paternidad	Pueden impugnar la maternidad o la paternidad	No pueden impugnar ninguno de los vínculos filiatorios
Denominación de los vínculos filiatorios	Mantiene la denominación "maternidad" y "paternidad"	No habla de maternidad o paternidad y recurre al genérico "progenitores" o "vínculos filiatorios"

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) estableció en su art. 17, inc. 5: **"...la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"**. Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 2 que "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

En la Comisión de Derecho de Familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se aprobó por unanimidad un despacho que sostiene: "De lege lata y de lege ferenda: La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional".

Podemos afirmar que los redactores, en esta parte del proyecto, abandonaron el paradigma del respeto y primacía del interés superior del niño, privilegiando una aproximación desde los deseos de los adultos.

3. Algunos dilemas no resueltos en materia filiatoria

El proyecto de Código Civil 2012 impone a todos los hijos concebidos por fecundación artificial vínculos filiatorios que son independientes de quienes aportaron el material genético y que surgen de la llamada "voluntad procreacional". Ello surge de los artículos 566 y 569 (filiación matrimonial) y 570 y 575 (filiación extramatrimonial).

Sin embargo, algunos dilemas jurídicos que podrían ocurrir y que el proyecto no resuelve son:

- a) **Mujer casada cuyo marido no consiente:** no queda claro cómo se resuelve la situación si se trata de una mujer casada, que recurre a técnicas de fecundación artificial por sí sola sin consentimiento del marido. **Queda claro que el marido no tiene vínculo filiatorio con el hijo concebido.** Sin embargo, el hijo así concebido sería emplazado en una filiación "matrimonial" pero sin padre.
- b) **Madre sola:** el proyecto admite que un niño sea concebido por una mujer soltera con gametos de un varón que quiere permanecer en el anonimato de modo que **el hijo será deliberadamente huérfano de padre y estará totalmente desprovisto de acción para reclamar filiación (art. 577)**. No se alcanza a ver las razones por las cuales en este caso se admite que los varones se desentiendan de la filiación y se prive al niño de la relación jurídica con uno de sus progenitores.

El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el Proyecto

Resumen ejecutivo

- El proyecto de Código Civil 2012 realiza un tratamiento discriminatorio en cuanto al derecho a la identidad de los niños concebidos a través de las técnicas de procreación artificial.
- Esta diferencia puede observarse en varios artículos del proyecto, sobre todo si se compara con el tratamiento de los derechos reconocidos a los niños adoptados.
- El derecho a la identidad es reconocido internacionalmente de manera tal que prohíbe cualquier tipo de discriminación, principio que no es reconocido en el proyecto de Código Civil.
- Recientemente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, refiriéndose a la Argentina, que el derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad.

1. Introducción

En el proyecto de reforma de Código Civil se puede observar una grave vulneración del derecho a la identidad de los niños concebidos por las técnicas de procreación artificial, los cuales son privados de manera deliberada y evitable de los vínculos más fundamentales en la constitución de su identidad. Este problema es una consecuencia más de los problemas jurídicos y éticos que presentan esas técnicas al introducir una lógica productiva en la transmisión de la vida humana, con grave daño para los niños así concebidos.

Estas diferencias pueden observarse en el siguiente cuadro, que compara **las diferencias que el proyecto establece entre los niños adoptados y aquellos concebidos por técnicas de procreación artificial en lo referente al derecho a la identidad.**

2. Cuadro comparativo

	Niños adoptados	Niños concebidos por procr. art.
Derecho a la identidad como principio general	El derecho a la identidad personal de los niños está enumerado entre los principios generales (art. 595 inc. b)	El derecho a la identidad de los niños ni siquiera es mencionado
Primacía de la familia de origen biológico	Se presenta como un derecho de los niños para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, "cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (art. 594).	Los vínculos biológicos son considerados irrelevantes
Agotar las posibilidades de permanecer en la familia de origen	Se exhorta al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c, art. 607).	No hay normas similares
Conocer los orígenes biológicos	El derecho a conocer los orígenes es uno de los principios generales (art. 595 inc. e) y tiene una regulación de muy amplia legitimación para el niño (art. 596).	Se trata sólo de un derecho que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o por razones de salud (art. 564).
Preservar vínculos fraternos	La preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d)	No se toma ningún recaudo en este sentido
Posibilidad de mantener vínculo con la familia de origen	"Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple" (art. 621).	Esta posibilidad no se reconoce a las personas concebidas por técnicas de fecundación artificial.
Obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico	"Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado" (art. 596).	No hay ninguna norma que exija eso y podría suceder que el niño nunca se entere sobre cómo fue concebido.
Derecho a ser oído	Es un principio general el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez" (art. 595 inc. f).	No hay una norma así
Adición del apellido de origen	En la adopción plena, se contempla la posibilidad de que "excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante" (art. 626 y art. 605).	No hay una norma así
Respeto al derecho a la identidad, criterio para elegir al guardador	Para seleccionar a los guardadores con miras a la adopción, el juez debe considerar como un criterio "el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente" (art. 613)	No hay norma similar
Comunicación, alimentos y apellido de la familia de origen en la adopción simple	En la adopción simple no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen (art. 627).	No hay normas similares

3. Qué es el derecho a la identidad:

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad "puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad **comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia**"³. También se refiere allí la Corte a la existencia del "derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad".

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad:

- "Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a **conocer la propia historia filial**, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual **le pertenece a todas las personas sin discriminación**, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo"⁴.

- "Se desdobra en **derecho a la propia herencia genética** y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético"⁵.

4.Cuál es el alcance del derecho a la identidad

Afirma el Comité Jurídico Interamericano que "el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un **derecho humano fundamental oponible erga omnes** como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto **que no admite derogación ni suspensión** en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos"⁶. Esto significa que se trata de un derecho que **no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente**.

Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que "preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados"⁷. Es decir,

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122

⁴ <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm>

⁵ <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr1875.cfm>

⁶ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12

⁷ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 13

siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

El mismo Comité reconoce que **“la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales**, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica”⁸.

5. El derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia contra la Argentina, ha declarado que “los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica”⁹, derecho que constituye un aspecto de su identidad y que incluye poder “contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. **Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad**”¹⁰. Llama aquí la atención la Corte la obligación de los Estados de “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”, siendo “una de las interferencias estatales más graves” “la que tiene por resultado la división de una familia”. En efecto, “la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues **inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales**”¹¹.

La Corte consideró aquí que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”¹².

Por consiguiente, se afirma, “la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M”¹³.

⁸ Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 17

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 112

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 113

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 116

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 119

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 123

6. No reconocer el derecho a la identidad atenta contra el interés superior del niño

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño nos dice que:

- “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, **incluidos** la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8, 1)
- “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8, 2).
- “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3)

Es decir que, cuando haya alguna diferencia o conflicto de derechos, es el interés superior del niño el que debe prevalecer. Llama poderosamente la atención entonces que, al referirse a las técnicas de fecundación artificial el proyecto de Código Civil 2012 nunca mencione la palabra "identidad" para referirse a los niños, sino sólo para referirse a los que encargan el alquiler de vientres (art. 562) y para hablar de la identidad del donante de gametos (art. 564).

El **Código Penal** impone prisión de 2 a 6 años “al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare” (art. 139, inc. 2).

Matrimonio, divorcio y unión convivencial

Resumen ejecutivo

- El matrimonio y la familia tienen una gran importancia, sobre todo por las repercusiones que poseen en la niñez y en la conformación de la sociedad
- El proyecto de Código Civil introduce modificaciones sustanciales en los derechos y deberes del matrimonio, al suprimir las obligaciones de la fidelidad y la cohabitación
- Cada vez más, el matrimonio se asemeja a un mero contrato sobre bienes y se aleja de la idea de unión estable y permanente abierta a la transmisión de la vida.
- El proyecto no sólo parece considerar irrelevante la infidelidad en un matrimonio, sino que también prohíbe que los cónyuges pacten entre sí ser fieles.
- Se elimina la figura jurídica de la separación personal, tornando obligatorio el divorcio ("express") para aquellos cónyuges que se planteen un tiempo de espera.
- Se crea la figura de la "unión convivencial", dotándola de una mayor cantidad de requisitos y deberes que los que posee el matrimonio según la reforma.

1. Introducción

La familia se funda en el matrimonio. Ambas son instituciones que repercuten fuertemente en la conformación actual y futura de la sociedad. Los cónyuges, a través del matrimonio, buscan alcanzar una cierta plenitud que se desborda en el don de la vida. Los niños crecen, se forman y se educan en el marco que les proporciona la familia así considerada.

Al Estado le interesa profundamente la regulación del matrimonio, ya que matrimonios sólidos y estables proporcionan fundamentos básicos que favorecen la solidez y estabilidad de las personas. Por eso el Estado debe promover matrimonios sólidos, estables, que puedan abocarse a la contención y a la formación de las nuevas generaciones.

Entendemos que el proyecto de Código Civil remitido al Congreso contiene algunas ambigüedades que terminarán necesariamente por perjudicar la institución matrimonial. Analizaremos someramente algunas de ellas.

2. Derechos y deberes de los cónyuges. Modificaciones fundamentales

Código actual	Código proyectado
<p>Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.</p> <p>Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.</p> <p>Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.</p>	<p>ART. 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca.</p>

Estas modificaciones merecen las siguientes observaciones:

- **El deber de asistencia:** es el único deber jurídico que subsiste, y se expresa solamente en la obligación de aportar alimentos.
- **Supresión del deber jurídico de fidelidad:** la fidelidad es enunciada como un mero deber moral (es decir, que no puede ser exigido jurídicamente). Suele defenderse esta supresión a través de la afirmación de la autonomía de la voluntad, sin observar que al día de hoy, más allá de las observaciones que pueden hacerse, si ambos cónyuges pactan la infidelidad la ley no puede sancionar a uno de ellos por sobre el otro: están en igualdad de condiciones. El problema se plantea cuando uno de los cónyuges quiere ser infiel y el otro no. En ese caso, el proyecto de Código Civil no aporta ninguna solución para el cónyuge víctima, al que deja en absoluta inferioridad frente al otro; sino que sólo **legitima y facilita el terreno al infiel**. Al mismo tiempo, **tampoco será tan clara la admisibilidad de acciones por daño moral** provocado por el infiel ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no ameritaría una reparación. Hay que ser conscientes también que **la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño**. Podemos decir, entonces, que el proyecto de Código consagra así del **derecho a la infidelidad**.

Es decir que "el que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. **Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente.** Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer que elige ser infiel (o el hombre que elige) tiene sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción por el daño que tiene adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad"¹⁴.

¹⁴ Basset, Úrsula; "Matrimonio"; en AA.VV., "Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina", El Derecho, Buenos Aires, 2012.

- **Supresión del deber de cohabitación:** con la desaparición de este deber, se torna **ambigua la fijación del domicilio conyugal**, con todas las consecuencias que esta ambigüedad traerá sobre todo para **los terceros**. Si no existe el deber de cohabitar, mal puede existir un domicilio del matrimonio ni una vivienda conyugal inembargable e inejecutable. También **se complican sobremanera las presunciones de filiación**, porque ellas se fundan en la unión de los cónyuges implícita en el deber de cohabitación, y se hace necesario establecer otros criterios para determinar la filiación (la realización de pruebas de ADN, etc.). Nuevamente aquí, la supresión de este deber legitima y facilita el terreno a quien no quiere cohabitar, en desmedro del cónyuge que sí quiere hacerlo.

¿Sabía Ud. que, en el Código proyectado, *la fidelidad no puede pactarse, en cambio sí cabría la infidelidad?*: Art. 436.- **Nulidad de la renuncia.** Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

Así, la ley actual ingresa en la privacidad del matrimonio, restringiendo a través de esta prohibición la libertad de los cónyuges que quieren deberse fidelidad.

3. La supresión de la separación personal

El actual texto del Código Civil, dedica los artículos 201-212 al régimen de la separación personal, la cual no disuelve el vínculo matrimonial.

El proyecto de reforma elimina estos artículos, y la institución entera. Así, frente a cualquier desavenencia conyugal, la única opción será el divorcio (“*express*”), sin permitir a los cónyuges una posibilidad menos drástica, radical y definitiva. Por otra parte, mientras que en el matrimonio las partes no tienen obligación de convivir, resulta contradictorio que tengan aquí la obligación de divorciarse. **El proyecto de Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos.**

4. El divorcio “express”

Art. 437: El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

La sanción del así llamado “divorcio express” consiste en la eliminación de la culpa como causal del divorcio. Se argumenta que esta eliminación disminuye la conflictividad de los juicios. Estamos en condiciones de decir que, por el contrario, aumenta esta conflictividad, ya que asegura que el cónyuge que sufre una infidelidad no va a obtener ningún reconocimiento, reparación, ventaja o resarcimiento. Esto es paralelo a la eliminación del deber de fidelidad, pero causa una gran desazón moral en las relaciones conyugales, minando la confianza mutua ya desde el comienzo de la unión. “Quitar la posibilidad del examen jurisdiccional de la culpa no sólo banaliza el matrimonio sino que además añade sufrimiento sobre sufrimiento, demostrando a la víctima que la injuria que sufrió es irrelevante para el derecho y que su injusticia no merece reparación alguna (...). De modo que, probablemente cerrar la puerta a que el conflicto entre adultos

eclosione en el marco propio del divorcio, probablemente implicará que éste mismo conflicto no sólo no desaparezca, sino que se encauce en los procesos que involucren a los niños”¹⁵.

No olvidemos que la protección del matrimonio y la familia, a la cual nuestro país se obligó en numerosos tratados internacionales, tiene como objetivo final la protección del interés superior de los niños, principio que no aparece mencionado en esta parte del proyecto.

A su vez, el divorcio que propugna el texto reformado **elimina el requisito del tiempo de espera entre los cónyuges, optando directamente por legislar desde el principio a favor de las rupturas matrimoniales**, y no por el fomento del vínculo familiar.

“El hombre común, cuando se le dice matrimonio, sigue pensando en un varón y una mujer que se casan con intenciones de durar en la relación y que se comprometen a la exclusividad y a cohabitar. Son muy pocos los que cuando se les dice matrimonio evocan otras realidades (“swinger”, “open marriage” u otros conceptos semejantes). Si el Código Civil proyectado se diseña a medida de las clases medias altas urbanas, que acceden a estos circuitos culturales y omite considerar a la mayoría de los argentinos, cuya vida es más sencilla, se habrá apartado de lo que consideramos que es la misión esencial del Código: legislar para las `costumbres del país’”¹⁶.

5. Las uniones convivenciales

Los artículos del proyecto que regulan las uniones convivenciales afirman lo siguiente:

ART. 509.- **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

ART. 510.- **Requisitos.** El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado. c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta. d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años.

ART. 511.- **Registración.** La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

ART. 512.- **Prueba de la unión convivencial.** La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

¹⁵ Basset, Úrsula; “Matrimonio”; en AA.VV., “Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina”, El Derecho, Buenos Aires, 2012.

¹⁶ Basset, Úrsula; “Matrimonio”; en AA.VV., “Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina”, El Derecho, Buenos Aires, 2012.

Así, **los requisitos para acceder a este tipo de unión son bastante más exigentes que los requeridos para el matrimonio**, siendo que estas uniones en la práctica real se llevan a cabo justamente para no tener que asumir exigencias y requisitos propios del matrimonio. Se requiere para las uniones convivenciales:

- Singularidad
- Permanencia
- Afectividad (¿qué pasaría con la unión convivencial cuando falte el afecto?)
- Que comporten un proyecto de vida **en común** (¿cohabitación?)

A su vez:

- Pueden probarse por cualquier medio
- Tienen efectos presuntivos
- Generan inseguridades jurídicas, al poder probarse por cualquier medio

En síntesis, de sancionarse esta reforma, **las uniones convivenciales reunirían mayores requisitos y deberes que los matrimonios.**

Modificaciones sugeridas al texto del Proyecto

Libro I

- Reemplazar el **artículo 19** del proyecto por el siguiente: *"La existencia de la persona humana comienza con la concepción"*.
- Reemplazar el **artículo 21** por el siguiente: *"Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones patrimoniales del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. El nacimiento con vida se presume"*.
- Reemplazar el **artículo 57** del proyecto por el siguiente: *"ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. También está prohibida la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de investigación"*.

Libro II

- Reemplazar el **artículo 562** del proyecto por el siguiente: *"Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza"*.
- Reemplazar el **artículo 563** por el siguiente: *"Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo"*.
- Reemplazar el **artículo 638** por el siguiente: *"Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral desde la concepción y mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"*.

Libro V

- Reemplazar el **artículo 2279** por el siguiente: *"Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte, incluyendo a las concebidas en ese momento que nazcan con vida; b) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento"*.

Libros II, V y VI

- Eliminar las referencias a las **técnicas de reproducción humana asistida** del proyecto de Código Civil contenidas en los siguientes artículos: 529 (Parentesco. Concepto y terminología); 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos); 559 (Filiación. Certificado de nacimiento); 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida); 561 (Voluntad procreacional); 564 (Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida); 566 (Presunción de filiación); 567 (Situación especial en la separación de hecho); 569 (Formas de determinación); 570 (Principio general); 575 (Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida); 577 (Inadmisibilidad de la demanda); 582 (Reglas generales); 588 (Impugnación de la maternidad); 589 (Impugnación de la filiación presumida por la ley); 591 (Acción de negación de filiación presumida por la ley); 592 (Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley); 593 (Impugnación del reconocimiento); 2430 (Caso de adopción); 2631 (Jurisdicción); 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero)

Dirección: María Inés Franck y Jorge Nicolás Lafferriere

Staff:

María Victoria García Delfino

Leonardo Pucheta

Daniela Zabaleta

Manuel Chiappara

Ignacio Segón

Milagros Berti García

Bernardita Berti García

Fernando José Nasazzi Ruano

Patricio López

Selva Contardi

Belén Abbondanza

Daniel Vargas Díaz

Héctor Rojas Peralta

Benjamin Shoemaker

Andrea Jofré

Alejandro Williams

María Emilia Fernández

Horacio Acuña

Diseño: Daniel Vargas Díaz



Centro de Bioética, Persona y Familia

Buenos Aires - Argentina

www.centrodebioetica.org

info@centrodebioetica.org

Twitter:
[@centrobioetica](https://twitter.com/centrobioetica)

Facebook:
[facebook/centrobioetica](https://facebook.com/centrobioetica)

Youtube:
CentrodeBioetica