



**PRINCIPALES OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN DE DERECHO FAMILIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES A LAS REGULACIONES CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN VINCULADAS A:**

**Referencias:**

- ✓ LIBRO I – PARTE GENERAL. TITULO I – PERSONA HUMANA. CAPITULO I - ARTS. 19 A 24. Existencia de la persona.
- ✓ LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO V – FILIACIÓN. CAPÍTULO 1 - Art. 558 - CAPÍTULO 2 - Art. 561. La voluntad procreacional y la filiación.
- ✓ LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO V – FILIACIÓN. CAPÍTULO 2 - Art. 562. La maternidad subrogada.
- ✓ LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO V – FILIACIÓN. CAPÍTULO 2 - Art. 563. La Fecundación *post mortem*.
- ✓ LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO I – MATRIMONIO. CAPÍTULO 7 - Arts. 431 a 434. Deberes de los esposos en el matrimonio.
- ✓ LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO I – MATRIMONIO. CAPÍTULO 8 – SECCIÓN 2 - Arts. 436 a 438. El divorcio.
- ✓ LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO III – UNIONES CONVIVENCIALES. CAPÍTULOS 1, 2, 3 y 4. Arts. 509 a 528. Las uniones convivenciales.

**LIBRO I – PARTE GENERAL. TITULO I – PERSONA HUMANA. CAPITULO I - Arts. 19 a 24.**

**1. Existencia de la persona**

De aprobarse el Proyecto en la forma en que está redactado, la Argentina sería el único país del mundo en que existiría un régimen doble para el comienzo de la personalidad: por una parte, desde la concepción en el seno materno; y en el supuesto de la procreación asistida *in Vitro*, desde la implantación del embrión en la mujer.

En el Proyecto se incluyó una norma según la cual, la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el cuerpo de la mujer o la implantación en ella del embrión formado mediante técnicas de reproducción humana asistida.

En contra de la tradición jurídica de nuestro país, los embriones obtenidos por reproducción asistida *in Vitro* que no hayan sido transferidos a una mujer, no son considerados como personas humanas. Serían *cosas*.



Por tanto de aprobarse la reforma existirá la posibilidad de manipularlos y destruirlos – mediante la investigación y la experimentación, o de alguna otra manera-, no obstante no existir diferencia alguna de su esencia y propiedades con los fecundados en el cuerpo de la mujer o transferidos a la misma.

Con la disposición proyectada se viola una norma constitucional, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño y lo que resulta de la Declaración Interpretativa, introducida por la ley 23.849, que aprobó la Convención, *se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción*, la que se produce al ser fecundado el óvulo por el espermatozoide, como ha sido fehacientemente demostrado por la ciencia.

Al hacer referencia a la concepción, la Declaración Interpretativa no lleva a cabo distinción alguna sobre si la misma se produce dentro o fuera del cuerpo materno. El embrión obtenido por reproducción asistida y no transferido a la mujer, según la Constitución sería un niño, pero según el Código Civil proyectado no una persona, lo que constituye una contradicción evidente.

Asimismo se incurre en una injusta discriminación -además de atentarse contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la CN.- entre los embriones que se hallan dentro del cuerpo de la mujer, y los que no hayan sido transferidos a la misma, con lo cual a diferencia de aquéllos, estos últimos no serían personas.

**LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO V – FILIACIÓN. CAPÍTULO 1 - Art. 558  
- CAPÍTULO 2 - Art. 561.**

## **2. La voluntad procreacional y la filiación**

La voluntad procreacional no constituye una pauta válida para la determinación de la paternidad ni de la maternidad, ya que se deja de lado la aportación genética, que conforme la normativa vigente constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad.

El Proyecto determina que *la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción*. Se dispone que, en los supuestos de procreación asistida, quienes prestan un consentimiento previo, libre e informado ante el centro de salud interviniente para someterse a alguna de esas técnicas expresan su voluntad procreacional. En definitiva, quienes expresan esa voluntad procreacional, serán los padres del nacido.

Pareciera no haberse advertido la situación que se produciría en el hipotético supuesto de no haber prestado ninguna persona (o una de ellas) dicho consentimiento -ya sea por omisión o por desconocimiento-, caso en el cual **el** nacido no tendrá padre ni madre, no teniendo relevancia alguna ni la gestación, ni la aportación del semen, aun cuando varón y mujer estén casados entre sí, salvo que el nacido inicie en su momento una acción de reclamación de filiación.

No parece admisible que la sola prestación del consentimiento en la procreación asistida tenga el efecto de atribuir la filiación respecto del nacido, pudiendo en la práctica ese consentimiento ser prestado por cualquiera que no tenga nada que ver con la aportación del semen ni con la gestación, ya que se admite el alquiler de vientres, eufemísticamente denominado “gestación por sustitución”.

Cabe, pues, enfatizar las consecuencias sociales e individuales de una reforma legislativa como la señalada.



La aplicación de normas como las propuestas trastocan todo el sistema de parentesco y de filiación, en el que se encuentra involucrado el orden público.

La propuesta legislativa está llamada a crear graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que se debe procurar lograr en esta materia. Asimismo afectará el derecho a la identidad del niño, que se encuentra protegido por la Constitución.

El objeto propio de la filiación, es una persona humana y su dignidad no es admisible que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos.

Por otra parte, además de violarse el derecho a la igualdad (art. 16 CN), se produce una injusta discriminación entre los niños nacidos por procreación asistida -que según el Proyecto no pueden impugnar la filiación-, y los nacidos por relación sexual natural, que, en cambio, sí pueden impugnarla.

**LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO V – FILIACIÓN. CAPÍTULO 2 - Art. 562.**

**3. La maternidad subrogada.**

En el Proyecto se admite la maternidad subrogada, que sólo es permitida en muy escasos países.

La admisión de estos pactos puede significar la creación de un instrumento de explotación física y económica, hacia la mujer, en general de escasos recursos, que necesita desesperadamente un ingreso extra y que no se va a prestar a la gestación sin cobrar suma alguna, como con ingenuidad se requiere en el Proyecto. Convenios de esa naturaleza dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución.

La mayor parte de la doctrina de nuestro país concuerda que un convenio de esa naturaleza atenta contra la dignidad de la persona.

Es inadmisibles como objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del *nasciturus* a su identidad y a nacer en una familia en la que la gestante y el padre genético sean, también, los padres legales.

La utilización de un vientre ajeno para tener un hijo se considera inmoral. En el supuesto de producirse debe decretarse su nulidad por aplicación del art. 953 del Código Civil, que los considera nulo por ser de objeto ilícito al acto contrario a las buenas costumbres, o que recayera sobre cosas que no se hallan en el comercio. Y ninguna duda existe sobre que las personas están fuera del comercio. El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, como una mercancía.

La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que un pacto como el referido se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que el hecho de pretender contratar un útero durante nueve meses de gestación, atenta contra los principios de orden público, además de oponerse a la moral, y ello, con independencia del carácter gratuito u oneroso del contrato.



**LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO V – FILIACIÓN. CAPÍTULO 2 - Art. 563.**

**4. La fecundación *post mortem***

El Proyecto admite la llamada *fecundación post mortem*, lo que constituye una novedad en nuestra legislación.

En la fertilización posterior al fallecimiento, se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, agrediendo de tal manera su superior interés. Ello implica un ejercicio desorbitado del derecho de procrear, al crear huérfanos en forma artificial.

De acuerdo a la norma proyectada, aplicable tanto al matrimonio como a quienes integran una unión convivencial, se admite el vínculo filial entre el nacido del uso de las técnicas de procreación humana asistida y la persona fallecida, si en el documento en el cual consta el consentimiento o sometimiento a dichas técnicas o en un testamento, la persona deja expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento, su material genético sea implantado en la mujer, lo que debe ocurrir dentro del año siguiente al deceso.

La práctica de la fecundación *post mortem* hace que el niño nazca con un solo padre vivo, privándolo de la atención y la relación con el otro, lo que puede afectar su personalidad y su desarrollo, resultando indiscutible el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres, o sea, por ambos padres, y no sólo por uno de ellos.

El principio de libertad resulta en el caso inaplicable, puesto que la libertad tiene un claro límite, que se halla donde se invade el derecho de los otros, en este caso, el de los hijos de nacer en una familia constituida por el padre y la madre.

Los llamados derechos reproductivos no pueden afectar los derechos fundamentales o libertades del ser humano. Tal el caso de la integridad física, psicológica y existencial que condicionan el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a una familia.

La inexistencia de vínculo filiatorio entre el nacido y la persona fallecida, que resulta del Proyecto en el supuesto de que el óvulo de la mujer hubiera sido fecundado con semen del muerto sin haberse cumplimentado los requisitos establecidos en la norma proyectada, quebranta el derecho a la identidad del niño.

**LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO I – MATRIMONIO. CAPÍTULO 7- Arts. 431 a 434.**

**5. Deberes de los esposos en el matrimonio**

El proyecto elimina el deber de cohabitación entre los esposos. También se proyecta que el deber de fidelidad es un deber moral, pero no, legal.

Ello se fundamentó en que los únicos deberes y derechos que se regularon fueron los “estrictamente jurídicos, es decir, aquellos que cuyo incumplimiento genere consecuencias en ese plano. Los derechos y deberes de carácter moral o éticos quedan reservados al ámbito privado”.



A partir de esa premisa, se sostiene que en la Argentina, en lo sucesivo, la ley dejará de lado el claro fundamento moral que debe tener y también perderá la función docente, que transmite a las personas qué es lo que está bien y lo que está mal, en el caso, en la relación entre los cónyuges.

La fidelidad es uno de los bienes más preciados en el matrimonio, a tal punto que su violación constituye una circunstancia que suele llevar a los esposos a una situación de quiebra matrimonial. Como ha sostenido hace no tanto tiempo una de las redactoras del Proyecto, la fidelidad deriva del carácter monogámico que nuestro ordenamiento jurídico reconoce al matrimonio, constituyendo desde siempre un derecho-deber de los cónyuges<sup>1</sup>.

En cuanto al deber de cohabitación -al que no es dable renunciar ni se puede disponer del mismo-, tiene el alcance de convivencia entre los cónyuges, pues no sólo comprende el hecho de habitar en el mismo lugar, sino el de habitar juntos.

Ello implica la existencia de una unión entre los que cohabitan, con la obligación de la prestación del débito conyugal. Como acertadamente se ha sostenido, “sin la convivencia, la comunidad de vida y amor no puede realizarse plenamente, porque ella es el medio natural, para conservar y cultivar la unidad espiritual de los esposos, adquirir cada día mayor conciencia de su unidad y por sobre todo para la realización de la finalidad del matrimonio<sup>2</sup>”

Aun cuanto pudiera no tener en el Proyecto una consecuencia jurídica, la falta de observancia de ese deber sí tiene, en cambio -al igual que ocurre con el de fidelidad-, una consecuencia moral, sin duda más relevante que aquélla. Eliminar de la ley la explicitación de esos deberes, es ciertamente inconveniente y sólo tiene como una lamentable consecuencia la de no transmitir a los esposos la forma en que deben comportarse con motivo del estado de casados.

**LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO I – MATRIMONIO. CAPÍTULO 8 – SECCIÓN 2 - Arts. 436 a 438.**

**6. El divorcio**

En el Proyecto se suprime el actual doble régimen de divorcio y separación personal, al eliminarse esta última opción, impidiéndose de tal manera que los esposos puedan optar, con fundamento en razones religiosas y al amparo de la autonomía de conciencia y las convicciones subjetivas, por iniciar una acción de separación personal en vez de una de divorcio, ya que muchas personas que, ya sea por las razones expresadas, o por otras, no quieren divorciarse, pueden en cambio no tener inconveniente en separarse judicialmente.

Suprimir las causales de divorcio es facilitar en grado extremo la disolución del matrimonio. Asimismo, no establecer sanción alguna por el hecho de violar los deberes que nacen del matrimonio, puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte de uno o de ambos cónyuges.

No creemos conveniente el hecho de facilitar en exceso la eliminación mediante el divorcio del compromiso de convivencia para toda la vida que oportunamente asumieron los esposos, sobre

<sup>1</sup> HIGHTON, ELENA I., “Fidelidad ¿Hasta cuándo?”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 16, Bs. As., 2000, p. 37.

<sup>2</sup> PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 652, n° 451.



todo cuando ello puede ocurrir simplemente por la voluntad de uno solo de ellos y sin que deba transcurrir plazo alguno desde la celebración del matrimonio.

Ello tendrá un alto impacto personal, pero también social. Resultará perjudicial no sólo para los cónyuges, sino también para los hijos y para la sociedad en general.

Es importante señalar que norma proyectada implica un retroceso, puesto que con la misma se vuelve al antiguo “repudio”, eliminado de prácticamente todas las legislaciones hace ya tiempo.

**LIBRO II – RELACIONES DE FAMILIA. TITULO III – UNIONES CONVIVENCIALES.  
CAPÍTULOS 1, 2, 3 y 4. Arts. 509 a 528.**

**7. Las uniones convivenciales**

El proyecto sostiene que pueden darse entre personas del mismo o de distinto sexo. En veinte artículos son legisladas con bastante detalle. Se destaca que, en muchos aspectos, sus efectos resultan muy parecidos a las disposiciones aplicables al matrimonio, lo que lleva a una afectación de éste.

No es intención de la presente hacer una crítica pormenorizada de las normas proyectadas, pero sí poner de relieve la incongruencia de esta nueva figura: que establece la obligatoriedad de la aplicación de esos efectos, sin que resulte necesario que quienes las integran efectúen manifestación alguna al respecto.

Si bien pueden expresar su negativa a formar parte de una unión convivencial, ello debe ser hecho mediante un pacto en contrario entre los convivientes. Deberá instrumentarse por escrito, cosa que, en la práctica, es fácil presupuestar que ocurrirá en muy pocos casos. Al respecto cabe señalar que, aun así, continuarán siendo aplicables varias de las disposiciones establecidas.

De tal modo que a quienes sin tener impedimento alguno para contraer matrimonio entre sí, no lo hacen por voluntad de los propios interesados, igualmente se les aplican disposiciones muy parecidas a aquellas que quisieron eludir al no contraer matrimonio.

**Corolario:**

Es de esperar que, fruto de un profundo y serio análisis y debate, alejado de toda pasión coyuntural, puedan corregirse los aspectos señalados a fin de dotar a la Nación de un código de fondo destinado a regir, por mucho tiempo y con vocación de justicia, las relaciones jurídicas que se desarrollan en su seno. Nuestro país y nuestra sociedad lo merecen.

**Jorge A. Mazzinghi  
T° 16 F° 67 CPACF**

**Presidente de la Comisión de Derecho de Familia  
Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires**