

A LA COMISIÓN BICAMERAL PARA LA REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, a través de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones realiza la presente ponencia, para ser considerada en el marco de la Convocatoria de Audiencia Pública por las Sras. y Sres. Senadores y Diputados:

Se hacen las siguientes observaciones:

Al Libro Segundo Relaciones de Familia

1- Título I Matrimonio, Capítulo IV Derechos y Deberes de los cónyuges:

En el art. 431 el matrimonio queda despojado del deber de convivencia. El matrimonio queda reducido a un proyecto de vida, basado en la cooperación. Los restantes tres artículos del Capítulo tratan de aspectos económicos del matrimonio, los alimentos. Los aspectos extrapatrimoniales del matrimonio que son, los que sustentan el vínculo, son dejados de lado, para ocuparse exclusivamente de lo económico.

El Proyecto propone a la fidelidad solo como deber moral. Siendo coherente con un sistema en el que no hay ni culpables ni inocentes del quiebre o ruptura conyugal.

Argumenta la Dra. Kemelmajer, que el deber jurídico de fidelidad hace que los abogados tiren los trapos sucios de la familia al juez, y si el deber de fidelidad es moral los abogados propondrán soluciones, se preocuparán más por el futuro, se llevarían a los estrados las cosas pacificadas. La autora, suprime un derecho –deber de los cónyuges por las dificultades procesales del mismo.

Los aspectos sustanciales, se están dejando de lado. En la cultura argentina, el deber de fidelidad, es un pilar que sostiene el proyecto de vida en común, porque es un proyecto basado en un compromiso que involucra todos los aspectos de la vida de los cónyuges con una característica: la exclusividad. La exclusividad del amor conyugal, está sellada a fuego en la cultura de la familia argentina. Es una observación fáctica, aún en las uniones de hecho, como en el matrimonio, se espera del otro la fidelidad.

La infidelidad puede ser causa o consecuencia de la ruptura conyugal, pero es innegable que es un anhelo que responde a las necesidades psicoafectivas más profundas de las personas, y que es observable como constante sin variantes en razón de edad, clase social, nivel de instrucción etc.

Que el anhelo de amor recíproco y exclusivo, sea irrelevante para el derecho, es desconocer la esencia misma de la persona. No se puede legislar sin tener en cuenta cómo son los sujetos de derecho a los que están destinadas las normas. El Código Civil, es en los términos del Dr. Lorenzetti, *“es un ordenamiento de vida, y cuando hablamos de un código de derecho privado y es casi la constitución que rige los aspectos más concretos de los ciudadanos de este país.”*

En lo concreto de los matrimonios argentinos, el deber de fidelidad sigue siendo una expectativa recíproca legítima, característica de la exclusividad del vínculo matrimonial y su incumplimiento, merece ser reparado. La prueba de la infidelidad, corresponde ser regulada por los Códigos de Procedimientos de cada provincia, con la sugerencia que se morigeren las exigencias probatorias para evitar la profundización del conflicto.

En cuanto al deber de cohabitación exigible a la unión convivencial y no al matrimonio, denota lo absurdo del sistema. (art. 510 inc. 5º). El trato es desigual por que se ha dotado con más juridicidad interna a las uniones convivenciales que a los matrimonios.

En el proyecto el matrimonio, ha sido despojado de sus notas características. El proyecto ataca los cimientos de la vida familiar, deja de lado a todos los ciudadanos que no podrán encontrar un molde jurídico para los derechos y obligaciones recíprocos en la que opten organizar su vida familiar. Por tanto, en este aspecto de la reforma, no son aplicables los principios de igualdad y pluralismo que proclaman los autores del Proyecto como fundamento.

Se propone regular los efectos personales del matrimonio conforme los arts. 198 a 200 del Código Civil Vigente.-

2- Título V, Filiación

Se advierten tremendas desigualdades en cuanto al derecho a indagar en la paternidad. En el caso de la identidad de los hijos biológicos, se mantiene el deber del Ministerio Tutelar de indagar en la paternidad, cuando es desconocida (art. 583). Es decir el Estado advierte la trascendencia del conocimiento del origen biológico, constitutivo del derecho a la identidad, y procura determinar la

paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En cambio en los hijos nacidos mediante las técnicas de fertilización asistida con gametos de un tercero, ese derecho se llena de obstáculos. Así, el art. 575 dispone que se requiere autorización judicial, *por razones debidamente fundadas*, ¿es que aún hay que fundar el derecho a la identidad? O cuando exista *riesgo para la salud*. ¿es que tiene que estar gravemente afectada su salud para poder ejercer este derecho?

Esta discriminación entre hijos, es contradictoria con la igualdad que se proclama en el art. 558 y viola derechos consagrados en la Constitución Nacional.-

La fecundación post mortem implica que el Código Civil que propone las soluciones, la regulación de la vida cotidiana, sea promotora de daños irreparables en la vida de los niños. Es un derecho constitucional el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser criados por ellos. (art. 75 inc. 22 Convención de los Derechos del Niño) Algunos niños nacerán con padres muertos, no porque la naturaleza así lo haya determinado, sino porque el legislador lo autoriza. Es más si no se dan los dos requisitos del art. 563, de donde ese niño no será hijo de su padre ni hermano de sus hermanos. No tendrá otro vínculo que el de su madre.

En cuanto a la gestación por sustitución prevista en el art. 562, los autores del proyecto priorizan el derecho al hijo por sobre los derechos del hijo mismo. El niño concebido es desconocido como *persona* de derechos, se desconoce los vínculos que se conforman en la primera etapa de la vida intrauterina, se minimiza el hecho que el niño tiene un sentido de pertenencia, reconoce olores, sonidos, se comunica permanente con "*la gestante*" Todos estos aspectos intrasubjetivos, constitutivos del psiquismo y de la persona del niño son ignorados y avasallados por el derecho.

En el art. 561 se trata la voluntad procreacional, de ella surge que no tienen voluntad procreacional necesaria para constituir el vínculo filiatorio, el *donante de gametos* y *la gestante*.

Ahora bien, por principio de igualdad de trato, de no discriminación, correspondería que la voluntad procreacional sea también un elemento de la filiación por naturaleza, lo cual dejaría a muchos niños en situación de abandono. Basta tomar cuenta de las demandas de reclamación de filiación que deben ejercer tantos niños en nuestro país, en muchos padres biológicos no hay voluntad procreacional, es justo para los hijos tenerla en cuenta. Por qué discriminar y tenerla en cuenta en la filiación por fertilización artificial y no en la filiación por naturaleza.

Se propone reconocer al embrión humano el status jurídico de persona y protegerlo en todos sus derechos filiatorios desde el comienzo de su concepción.-