

**PONENCIA DE TEMAS A EXPONER EN LA COMISIÓN BICAMERAL
SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL,
EN RELACIÓN A LOS PERSONA (TÍTULO I DEL LIBRO PRIMERO)
Y LA FAMILIA (TÍTULOS I A V DEL LIBRO SEGUNDO)**

por Guillermo J. Borda

LIBRO PRIMERO – PARTE GENERAL – TÍTULO I: Persona humana – CAPÍTULO 1.

A. Derechos de los niños y trato de la mujer como madre en el nuevo Código:

- 1) Art. 19.- 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.

a). Trato de los embriones no implantados. El artículo, aunque luego aclara que ello es “sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”, priva del carácter de persona al embrión antes de ser implantado. Por tanto, debe ser considerado una cosa.

Una ley especial *para la protección del embrión no implantado* podría ser como las que protegen a los bosques nacionales o el patrimonio cultural, pues, como se dijo, si no son personas, entonces son cosas. Quizás sean cosas fuera del comercio, pero ello no está especificado, y además no cambia el fondo del problema.

Esto implica una clara discriminación entre el no nacido fecundado dentro del seno materno y fuera de este. Una diferenciación arbitraria, pues no hay divergencias entre la existencia de uno u otro como de una vida y de la otra. La diferencia, claramente accidental de cara a la vida de ese ser humano (de estar uno en un sitio y otro en el otro), es decidida por los adultos que luego se servirán de los que se encuentran más desprotegidos. Este artículo parece proteger más a la mujer adulta que al niño, pues el ser humano no nacido no vale por sí, sino que sólo vale si está en el vientre de otro. No se entiende por qué se adquiere dignidad y estatuto de persona por estar implantado, mientras, que por sólo hecho de no estar unido por el cordón umbilical no es considerado tal.

En por esto que se propone que se elimine la discriminación al embrión no implantado, y sea considerado persona, a todos sus efectos.

LIBRO SEGUNDO – Relaciones de familia - TÍTULO V – Filiación – CAPÍTULOS 1 y 2

2) **Técnicas de reproducción asistida y filiación.**

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.

ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.

ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

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.

a). Regulación de las técnicas de fecundación *in vitro*. El anteproyecto regula las “técnicas de reproducción humana asistida” (Cap 2 del Título “Filiación”). Crea la “voluntad procreacional” (art. 561) para determinar la filiación ante el uso de estas técnicas. Esta creación de la voluntad procreacional convierte a una persona que no ha aportado nada para el

nacimiento en padre de un niño: es como una adopción con menores requisitos y trámites, esto puede traer serios inconvenientes en el “sistema de adopción”.

Además, con esta regulación:

- 1º. Se viola el derecho a la igualdad estableciendo una distinción entre los niños concebidos naturalmente y los concebidos “artificialmente”. En los primeros, rige la verdad biológica; en los segundos, los deseos de aquellos con “voluntad procreacional” que deciden quiénes son los padres.
- 2º. Se viola el derecho del niño, constitucional y de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, a la identidad y a de conocer quiénes son realmente sus progenitores.

b). Gestación por sustitución. La posibilidad de “alquilar vientres” (art. 562) convierte a la mujer y al niño en objetos del mundo jurídico. Aunque para la homologación judicial se exija que “la gestante no ha(ya) recibido retribución”, el control de la prohibición de retribución es prácticamente imposible, por no decir imposible y los riesgos reales son igualmente muy serios. Entre los riesgos posibles está lo que ha ocurrido en otros lugares del mundo, en que la mujer pasa a ser “fabricante de niños” contratada por “entregas”. Es ingenuo pensar, por no aplicar otro calificativo, que en Argentina “la gestante” tenga nueve meses en su seno al hijo de un tercero sin percibir retribución alguna. Esto podrá convertir a mujeres de escasos recursos en incubadoras de mujeres pudientes.

Aquí no se permitirían más de tres “entregas” (art. 562 inc. g), pero las regulaciones propuestas facilitarían aún más algunas prácticas violatorias de muchos derechos del niño y de las mujeres, pues aún con las claras prohibiciones puede existir connivencia entre la “madre legal”, el médico y la “madre biológica” para que el niño sea anotado como nacido de la primera.

Parece irónica la letra de los requisitos, pues comienza diciendo que debe tenerse “*en miras el interés superior del niño que pueda nacer*”(inc. a): con estas técnicas existen muchos mayores riesgos de que ese niño *pueda no nacer*¹, y hay intereses claramente protegidos en que no conozca realmente a sus padres biológicos (arts. 559-563). Así, ¿cuál podría ser el interés *superior* al de la vida y la identidad?

¹Ver estudio en la revista *Human Reproduction* de la *Oxford University Press* (<http://humrep.oxfordjournals.org/content/early/2010/02/23/humrep.deq023.abstract?maxtoshow=&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=Aarhus&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcetype=HWCIT>) y otro estudio publicado en la Revista cubana de Obstetricia y Ginecología (http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2010000200007), entre muchos otros.

c). Otra violación del derecho a la identidad. El proyecto pretende obligar a que los certificados de nacimiento sean redactados de forma tal, que de ellos no resulte “si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida o ha sido adoptada” (art. 559). Estas regulaciones quedan abiertas posibles “combos parentales” y violan seriamente el derecho a la identidad de los niños, que nunca sabrán quiénes son sus padres, ni los que han nacido de manera natural podrán tener esa certeza pues la ley obliga a ocultar las diferencias.

En un intento de igualdad, crea un igualitarismo, pretende igualar situaciones diferentes y se tornan perjudiciales incluso para los propios niños, que nunca sabrán quiénes son sus padres, o si tienen múltiples hermanos dispersos por el mundo, etc.. Según se ha sostenido, este código busca la “igualdad” y por ello los hijos no tienen el derecho de conocer e investigar sobre su identidad y, por tal razón, se les prohíben las acciones de reclamación de filiación, violando seriamente lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fornerón c. Argentina” (2012), y toda la lucha que ha habido en el país por la clarificación mediante el ADN de la identidad de numerosos niños que habían sido sacados de su familia y entregados a otra por el último gobierno militar.

LIBRO SEGUNDO – Relaciones de familia – TÍTULO I: Matrimonio – CAPÍTULO 7

B. En cuanto al matrimonio y la familia.

1. **Nuevo Matrimonio.**

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 432.- Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante laconvivencia y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convenciónde las partes.

Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles.

Consideraciones generales. El matrimonio se convertirá en un compromiso para un proyecto de *vida en común*, pero vaciado de sentido y contenido, pues el mismo proyecto, al regular los deberes y derechos de los contrayentes, le da a esa frase un contenido sumamente inferior al que posee en el código vigente. Tan es así, que hoy ya no se puede hablar de matrimonio, en el sentido tradicional por todos nosotros conocido, pues el Proyecto ha regulado una suerte de unión para compartir la habitación sólo cuando se desee, ya que no habla de cohabitación, y para colaborar en la crianza y formación de los hijos que se deseen tener o adquirir mediante las técnicas subrogatorias que se contemplan.

a). Según el proyecto, en el matrimonio ya no existe el deberes jurídico de cohabitación. Por lo tanto, esa *vida en común* ya no más el deber de vivir ambos *bajo el mismo techo*. Un cónyuge no podría exigirle a otro que cohabite, solo podrá exigirle desarrollar un proyecto de vida en común, término este vacío de todo contenido.

b). Otra ausencia es el deber jurídico de fidelidad, pues se lo regula como un *deber moral*. Como tal, debe entenderse que ya no tiene consecuencias jurídicas. No se debe contemplar ni siquiera para la fijación judicial de la compensación económica consecuencia del divorcio (art. 442), lo que sin duda traerá numerosos planteos judiciales reclamando no solo el daño moral sino también el daño patrimonial. Para quienes son partidarios del resarcimiento del daño moral intentarán que el Juzgador considere que hay daño moral cuando se falta a un deber moral.

c). Los deberes conyugales se limitan a la asistencia y alimentos, deberes estos que no son características del matrimonio, pues estos deberes son también los que existen entre padres e hijos o abuelos y nietos, etc. Es decir que las relaciones conyugales, serían similares a las que hay entre todas las personas que se deben gratitud.

d). Con esta forma de regular el matrimonio, poco queda de su verdadero contenido. Pareciera, con esta reformulación del matrimonio, que la sociedad ya no necesita del matrimonio y en consecuencia no solo lo devalúa, sino que además impide, a pesar de que en reiteradas oportunidades en la exposición de motivos se habla de la autonomía de la voluntad, que los cónyuges solo pidan su separación personal y no la disolución del vínculo.

2. Divorcio inmediato, sin causa y a petición de una sola de las partes.

ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

ARTÍCULO 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

a). Divorcio *express*: Ya no existirá el “divorcio por causa”, ni se exige la “presentación conjunta”. Puede ser pedido individualmente y sin necesidad de indicar la causa; basta la petición unilateral del divorcio y una “propuesta que establezca los efectos derivados de éste” (art. 438), sea esta propuesta atinada o no.

El juez intervendría activamente sólo ante desacuerdo “sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar”, pero “en ningún caso, el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio” (art. 438).

En conclusión: se dicta el divorcio sí o sí, y los demás intereses se deben articular conociendo esa premisa y luego se dan pautas para las consecuencias económicas del matrimonio.

Además, no hace falta plazo alguno. Uno se puede casar por la mañana y pedir el divorcio por la tarde. Ni la legislación tomada como modelo es tan

permisiva. El matrimonio pasa de ser una institución a ser un simple contrato que se rompe en forma más simple y fácil que cualquier otro contrato.

b). Problemas de interpretación y posible cláusula de escape: Sin perjuicio de lo dicho, la redacción de algunos artículos es harto inconveniente. Analizaremos sólo a título de ejemplo la siguiente, que puede ser la *piedra de toque* para flaquear un sistema que se presenta *materialista*:

“...si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar...” (art. 438 in fine)

¿A qué intereses hace referencia? En apariencia a los económicos (pues cuando se regula el contenido, incluso cuando se hace referencia a la *responsabilidad parental se dice en especial, la prestación alimentaria*).

¿Podría un juez decir que porque se afectan gravemente los intereses *humanos* de los niños por el solo hecho del divorcio (por ejemplo por la edad de estos o la enfermedad especial de uno de ellos que requiera la asistencia de ambos) no decretará el divorcio? No parece ser la intención del codificador.

c). Matrimonio con régimen de separación de bienes: Si a las razones ya expuestas agregamos que se establece la posibilidad de que los cónyuges se decidan por un régimen de separación de bienes (arts. 446, 505 ss y cc, el vaciamiento de la institución matrimonial, tal como la hemos concebido, es total. Dos personas pueden estar casadas durante años, sin vivir juntas, o viviendo además con terceros (dada la no obligación de fidelidad) y separarse en horas, sin que produzca efecto alguno entre ellas, ni siquiera patrimoniales (pues pueden pactar una separación absoluta), será como si nada hubiera pasado. En definitiva un hecho intrascendente.

Es decir, el matrimonio quedara reducido a poca cosa y esto no es bueno ni positivo, para la familia y ni para la sociedad en su conjunto.

Guillermo Julio Borda

DNI nº 4.754.934