

Se propone considerar las siguientes modificaciones al Código Proyectado en el ámbito del derecho de familia.

- a) Erradicar la presunción como fuente de filiación.
- b) Equiparar los derechos al acceso a la información sobre el origen entre aquellos cuya filiación se establece por adopción como aquellos cuya filiación se establece por Técnicas de Procreación Humana Asistida.
- c) Organizar en el Registro de Uniones Convivenciales aquellas que expresamente solicitan sustraerse a todo tipo de efecto patrimonial.
- d) Reconocer derechos hereditarios ab intestado a los convivientes.

Fundamentos

Nos centramos en el respeto de los derechos humanos en las relaciones jurídico familiares. Desde este posicionamiento se pretende adecuar los efectos jurídicos en el ámbito de la filiación y de las uniones convivenciales con el mayor respeto al derecho a la identidad, a la vida familiar y a la autonomía de la voluntad.

Filiación

En el ámbito de filiación (vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores) lo planteamos desde el derecho a la identidad, que ha sido visiblemente retrotraído privilegiando la autonomía de los adultos/padres sociales.

Esta afectación tiene dos vertientes: la filiación matrimonial y la derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.

La filiación matrimonial, por lo siguiente:

El estatuto personal de los cónyuges proyectado no contempla, entre otros deberes, el de fidelidad. Se parte del modelo o paradigma del respeto a la vida familiar

como resultado de los acuerdos privados de los cónyuges. Excluyendo este deber y el de convivencia del estatuto personal de los cónyuges se pretende evitar los divorcios contenciosos o con atribución de culpa. No obstante la exclusión del deber de fidelidad, y consecuentemente la exclusividad del trato sexual entre cónyuges, la paternidad se establece por presunción respecto del marido de la madre.

Así las cosas, no hay un correlato entre el presupuesto de hecho (exclusividad sexual) y la consecuencia jurídica (paternidad por presunción), que es lo que sostiene el sistema de paternidad por presunción del hijo de una mujer casada.

Puede ser que los cónyuges asuman su matrimonio como sexualmente abierto, y al marido no le resulte gravoso asumir una paternidad jurídica que no le corresponde. No nos posicionamos desde los adultos para valorar la institución, sino desde los niños que nacen con una atribución de paternidad desacertada. Si bien es cierto que la paternidad matrimonial puede ser impugnada por el hijo en todo momento, su identidad se configura en la primera etapa vital, con lo cual la ley genera una matriz altamente riesgosa para la configuración de la identidad filiatoria legal, psicológica y social con un correlato en la biología, principio que se propone inspire el sistema.

Esto es una incoherencia en función a que todas las acciones de impugnación de la filiación por naturaleza o biológica, lo son por no haber correlato entre el vínculo legal y el vínculo biológico.

Si se proyecta eliminar del estatuto personal de los cónyuges la fidelidad, no se debió establecer la presunción de paternidad del marido de la madre. Todas las filiaciones paternas por naturaleza, matrimoniales o extramatrimoniales, deberían ser establecidas por reconocimiento expreso del padre.

La filiación por técnicas de procreación humana asistida, por lo siguiente:

Desde la ley 23.264 del año 1985, se establece lo que la doctrina llama filiación única. Esto es la culminación de un proceso conforme la siguiente secuencia:

El C.C. organiza la filiación en distintas categorías: a) legítima: aquella en la cual los hijos se concebían durante el matrimonio, o legitimados por ulterior matrimonio de los padres. b) ilegítima: aquella en la cual los hijos se concebían fuera del matrimonio y no legitimados ulteriormente por matrimonio. Esta se dividía a su vez en b.1) naturales (sus progenitores no tenían impedimento entre si para casarse al momento de la concepción), b.2) adulterinos (sus progenitores no podían casarse entre si al momento de la concepción porque uno de ellos mantenía un vínculo matrimonial con otro), b.3) incestuosos (sus progenitores no podían casarse al momento entre si por un vínculo de parentesco en grado prohibido) y b.4) sacrílegos (sus progenitores no podían casarse al momento de la concepción porque uno de ellos mantenía un voto de castidad en Orden Sagrada).

De los ilegítimos, sólo los naturales podían indagar su paternidad, los adulterinos, incestuosos y sacrílegos “no tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre paternidad o maternidad” (art. 341 C.C. texto originario).

La primera modificación lo fue por la ley de Matrimonio Civil N° 2393 que suprime la filiación sacrílega (b.4).

La segunda lo fue por la ley 10.903 que incluye a los hijos naturales como sujetos de patria potestad.

La tercera lo fue por la ley 14.367 que equipara a todos los hijos ilegítimos (quedan categoría a) y b)).

La última lo fue por ley 23.264 de 1985, que suprime todas las diferencias filiatorias por su origen, no hay hijos a) ni b), son todos “hijos”. A su vez, al abrir las acciones de reclamación de filiación matrimonial y/o extramatrimonial, habilita

universalmente el acceso a la identidad biológica como sustento a la filiación legal. Se genera un derecho subjetivo universal de acceder a la verdad biológica vinculado a la situación filiatoria.

Dentro de la adopción, desde la ley 13.252, segunda ley 19.134 a la vigente 24.779, se modificó el derecho al acceso a la verdad biológica. Originariamente, se estigmatizaba a los adoptados. Los parámetros sociales fueron cambiando al extremo de entender el valor social de la figura y se jerarquiza el derecho al acceso a la identidad estática del adoptado con el resguardo de la información, con el compromiso de los adoptantes que a hacer conocer al adoptado su realidad biológica y con el acceso al expediente de adopción por parte del adoptado a partir de los dieciocho años.

Este acceso a la realidad biológica, viene de la mano los preceptos constitucionales en arts. 14 bis, protección integral a la familia; 16, igualdad ante la ley y 77 inc. 22 en la Convención sobre los Derechos del Niño que establece en su art. 2: “Los estado partes respetan los derechos enunciado 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, sus padres o de sus representantes legales. Art. 7 “El niño será inscripto 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 ser cuidado por ellos.”

El componente histórico no ha sido neutro a la hora de redactar nuestra legislación, elaborar doctrina y/o jurisprudencia. El valor del origen, tiene significados especialmente trascendentes para los argentinos, lo cual puede no ocurrir en otras latitudes, especialmente los que no adhirieron a la Convención Sobre los Derechos del

Niño, como Estados Unidos de América, o aquellos con urgencias de otros tipo, como pirámides demográficas invertidas.

El derecho a conocer el origen biológico, se sigue respetando en el Código proyectado en los ámbitos de la filiación por naturaleza y por adopción. Así se asegura en la filiación por naturaleza la identidad del vínculo legal con el biológico, mediante las acciones de impugnación y emplazamiento filiatorio, sea matrimonial o extramatrimonial. En la filiación adoptiva, se garantiza el acceso a conocer los datos relativos a su origen y acceso del adoptado, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales. Este derecho subjetivo de acceso a su realidad biológica, le es negado en iguales términos a las personas cuya filiación se establece mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Para graficar la diferencia se transcriben sendos artículos:

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

“ARTÍCULO 564.- **Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida.** La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

- a) revelarse la identidad del donante, por **razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial** por el procedimiento más breve que prevea la ley local.
- b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay **riesgo para la salud.**”

Adopción

“ARTÍCULO 596.- **Derecho a conocer los orígenes.** El adoptado con edad y grado de madurez suficiente **tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.**

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada.”

Se utiliza la figura de la voluntad procreacional de los futuros padres sociales como suficiente para el emplazamiento filiatorio. No nos cabe la menor duda que la voluntad procreacional es suficiente para tal fin, como así también salta a ojos vistas que se le atribuye a la voluntad procreacional otro tipo de efectos, como es el de desdibujar el derecho al acceso a la información de aquel que nace fruto de estas prácticas, ya que se condiciona a **razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial o riesgo para la salud. Más grave aún es el hecho que el artículo**

564 permite el acceso a la información de los donantes, pero bajo ninguna circunstancia la posibilidad de acceder a la información de la gestante por sustitución que no es donante.

Hay una evidente discordancia entre los derechos subjetivos del niño cuya filiación se establece por adopción, a los de un niño cuya filiación se establece por técnica de reproducción humana asistida. El niño adoptado, puede acceder a su realidad biológica sin por ello perder su emplazamiento de hijo adoptivo, este derecho lo es al sólo fin de conocer su identidad estática (dato biológico) como parte de su historia vital. El nacido de una técnica e reproducción humana asistida, necesita razones fundadas evaluadas por el juez, o riesgo de muerte, no siendo suficiente su curiosidad vital, como en el caso del adoptado, para acceder a la información de sus donantes y respecto de su gestante le está vedado irreversiblemente.

Desde la Constitución Nacional no existe posibilidad alguna de mantener esa diferencia como lícita, por lo cual es una total, absoluta e inadmisibile discriminación.

Se sacrifica el derecho subjetivo al conocimiento del origen biológico, en función de preservar la intimidad y anonimato del dador de material genético. Asimismo se preserva la situación de aquellos cuya voluntad procreacional no puede verse empañada por la posibilidad del conocimiento ulterior, por parte del nacido, del origen de los aportes genéticos. En síntesis el proyecto privilegia la voluntad es de los adultos, que disponen entre si acuerdos cuyas consecuencias son mermas a los derechos de los hijos. Este último argumento sostuvo por ejemplo, que para el C.C., la voluntad de procrear pese al impedimento de parentesco en grado prohibido entre los adultos, generara una filiación incestuosa cuya indagación se prohibía al hijo incestuoso.

Uniones convivenciales

En el ámbito de las uniones convivenciales, con gran acierto se jerarquizan las uniones convivenciales generándose un vínculo convivencial. Algunos de sus efectos más interesantes son:

- exigen convivencia (a contrario de las uniones matrimoniales).
- gozan de un régimen patrimonial primario.
- no tiene las prohibiciones para autoregularse en los pactos de convivencia (a contrario de las uniones matrimoniales en los pactos nupciales).
- contempla específicamente acciones para evitar el aprovechamiento económico de un conviviente a expensas del otro (art. 528), lo que carece específicamente la unión matrimonial.

No obstante ello, y desmereciendo la jerarquización de la unión convivencial que en el proyecto se institucionaliza, **los convivientes carecen de vocación hereditaria recíproca.**

Es una profunda incoherencia y omisión inconcebible, que se genere un vínculo convivencial con efectos patrimoniales en vida de los conviviente pero sin repercusiones pos mortem más que un derecho de uso de la casa por dos años al sobreviviente. Quienes tienen un vínculo convivencial que se jerarquiza como el matrimonial, deben de gozar de vocación sucesoria ab intestato.

Es por ello que se propone que los convivientes gocen de vocación sucesoria ab intestato en las mismas condiciones que los cónyuges.

En otro sentido, así como se garantiza la autonomía de la voluntad en las relaciones de conyugalidad y convivencia, no se ha resguardado el derecho de aquellas parejas cuyos miembros no desean bajo ninguna circunstancia un régimen de bienes.

En lo personal, hemos participado en muchísimas conversaciones dónde quienes viven en unión convivencial, se manifestaban por la opción de quebrar la convivencia ante de someterse a un régimen legal de bienes.

No se puede desmerecer la autodeterminación de aquellos que no quieren ningún efecto patrimonial de su unión vonvivencial, imponiéndoles uno manu militari. Por ello proponemos que se permita **registrar uniones convivenciales cuyos miembros expresamente se sustraen a todo tipo de estatuto personal y/o patrimonial impuesto por el derecho como efecto de la convivencia.**

De este modo coexistirían uniones convivenciales sin registrar, uniones convivenciales registradas con regímenes personales y patrimoniales y uniones de hecho que se registran al sólo fin de optar por carecer de efectos jurídicos derivados de la convivencia.