

PROYECTO de UNIFICACIÓN CÓDIGO CIVIL y COMERCIAL

Libro II- De las relaciones de familia

Breves consideraciones respecto a algunos temas de familia

Susana Verde de Ramallo.- Profesora adjunta ordinaria Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP

-I- Introducción:

Entendemos que se ha dado muy poco tiempo para que un tema tan importante como es la reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial pueda ser debatido por la comunidad académica. Por ello, no hemos podido analizar en profundidad toda la normativa relacionada con el derecho de familia, pero queremos hacer notar algunas cuestiones puntuales que merecen nuestro cuestionamiento.

Hemos notado ciertas contradicciones y falta de concordancia en la redacción del articulado que evidencias no una idea general única que traspase todo el ordenamiento, sino que se percibe una ideología en algunos casos, sumamente liberal y en otros, excesivamente proteccionista. Un ejemplo de ellos es el amplio avance que se le ha dado a la autonomía de la voluntad en el matrimonio, concretamente en lo relativo a deberes matrimoniales entre los cónyuges como así también en el divorcio y por otro, el cercenamiento a dicha autonomía de la voluntad en las uniones de hecho, las que tienen una regulación que en algún aspecto resulta excesiva y más reglada que el propio matrimonio. El divorcio lo puede pedir unilateralmente cualquiera de los cónyuges y por su sola voluntad, sin exponer motivos, y en las uniones de hecho recién se considerará el cese de la convivencia, (artículo 523 inciso g) cuando se opere el cese por un período superior a UN (1) año.

No podemos obviar que entre los deberes de los esposos no figura la cohabitación o convivencia, (artículos 431 y 432 *a contrario sensu*) mientras que para los “convivientes” -si bien en el artículo 509 al referirse a la constitución y prueba no incluye la cohabitación, sí lo hace en el artículo 510 inciso e) donde requiere una convivencia no menor a dos años.

Se ha notado también ciertas modificaciones entre el ante proyecto y el proyecto que ha entrado al Congreso de la Nación, aunque en algún caso,

simplemente refleja alguna concesión a grupos de presión como es la Iglesia Católica, como sucede con el agregado que se hizo del “deber moral de fidelidad” en el matrimonio, que por otra parte jurídicamente no modifica en nada la eliminación de la fidelidad como deber jurídico.

-II- Maternidad por sustitución:

El proyecto introduce un tema tan discutido y conflictivo como es el de la maternidad subrogada, entendiendo que no era una problemática que estuviera instalada en la sociedad, ni una necesidad que requiriera ser legislada, pero lo ha hecho y lo que es más grave, la ha legalizado. Es de destacar que tampoco se acompañó una ley especial que reglara todo el tema de fecundación asistida, el que hace más de dos décadas viene siendo reclamado por la amplia mayoría de la doctrina nacional.

En los fundamentos se expresa: “El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación

En su mayoría las legislaciones extranjeras adoptan las posturas 1 ó 2 indicadas en dichos fundamentos. Así en **España** L 14/2006: 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.

Lo mismo sucede en **Alemania**, que en el artículo 1, párr. 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 (*Embryonenschutzgesetz, EschG*) por cuanto prevé que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de

maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB). E igualmente al orden público internacional;

En **Francia**, Artículo 16-7 del CC, introducido por la Ley de bioética nº 94-653 de 29 de julio de 1994. El artículo 227-12 del Código penal la sanciona con un año de prisión y una multa de 15.000 euros.

En **Suiza**, está prohibida por el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal 17 y el artículo 4 de la *Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida* (1989, reformada en 2006) en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Así, el contrato de maternidad subrogada es nulo (artículo 20 Código de obligaciones) y es considerado contrario al orden público internacional (Artículo 27 LFSDIP).

En **Italia**, Ley nº 40 de 19 de febrero de 2004 es la que trata sobre la problemática de procreación médica asistida. Si bien calla sobre este extremo, existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de los artículos del CC que se refieren a la dignidad de la persona, a la no patrimonialidad del cuerpo humano y a las cosas fuera del comercio.

Países como **Suecia y Noruega** no lo regulan y otros como **Holanda y Bélgica**¹ la toleran.

Grecia es uno de los países que contempla la gestación por sustitución. La legislación exige una decisión judicial para que se establezca la filiación, y prohíbe que se remunere a la subrogada, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. Requiere que la madre gestante no sea la madre biológica sino la portadora de un embrión de los padres intencionales (la mujer no puede dar a luz por razones médicas). “En definitiva, la ley griega renuncia al

¹ “La Ley belga de 6 de julio de 2007 relativa a la procreación asistida no trata la cuestión. En el año 2005 hubo proposiciones de ley destinadas a prohibir o limitar la práctica, pero finalmente se decidió no tratar la cuestión por el momento. Con respecto a la práctica, es conocido que el Hospital Universitario de Saint-Pierre cuenta con un equipo multidisciplinar de médicos que atiende a las demandas de los futuros padres intencionales que presentan una “madre portadora con la que guardan vínculos afectivos”. Muchas de estas parejas proceden de Francia y de países vecinos”. Datos obtenidos de: Quiñones Escámez, Ana, “*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*” En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009-Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra- Barcelona, julio 2009-, pág. 8 http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf . Consultado el 25 de junio de 2012

principio según el cual es el parto el que hace la madre, y confiere la cualidad de madre legal a la genética y de intención. Nótese que, en este caso, se atiende a la verdad biológica (y que será una verdad sociológica). El establecimiento de la filiación materna supone una adaptación a los tiempos y una ruptura con el principio de *mater semper certa est*, para el que era impensable que la madre biológica no fuera la que trajera al hijo al mundo. En este caso, son los genes y no el parto los que determinan la maternidad”.²

También lo contemplan **India**³, y algunos estados de Estados Unidos como California.

La norma prevista en el proyecto expresa: *“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;*

² **Quiñones Escámez Ana**, idem cita anterior, pág. 31 Este sería el modelo que ha reproducido la Argentina, según la Dra. Graciela Medina en exposición realizada en la UBA sobre Proyecto de Código Civil y Comercial el día 9 de mayo de 2012. La madre intencional y la subrogada deben tener su domicilio en Grecia, como lo indica el artículo 8 de la Ley 3089/2002 de 19 de diciembre de 2002

³ “La India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre -quien aportó el gameto masculino- y como nombre de la madre la leyenda «madre subrogante o madre sin estado». El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño que nazca en unos meses (en julio de 2012) no se le confiere la nacionalidad argentina, adquirirá el estatus de «apátrida».” **Herrera Marisa, Lamm, Eleonora** *¿Por qué negar lo que existe? Algunas respuestas a ciertas afirmaciones erróneas.*- Fecha: 13-abr-2012-Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752

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”. (art. 562)

El por qué de nuestra oposición a este tipo de convención:

Se lo presenta inocentemente como un tipo de convenio entre mayores absolutamente libres y perfectamente informados que emiten su consentimiento para esta contratación. Nos preguntamos ¿Cuál es el objeto de este acto jurídico? Sin dudas que una persona (mujer) sea inseminada artificialmente con material genético extraño a ella (no se permite que aporte los óvulos) y que lleve en su vientre un embarazo de una criatura que luego de nueve meses deberá dar a luz y “entregar”, sin ningún reclamo a los “comitentes”, que pasarán a ser los “verdaderos padres “, de la criatura, porque así legalmente se dispone. Ha habido algunos casos en el mundo absolutamente altruistas en que hermanas o madres han llevado al hijo de su hija o de su hermana en el vientre en razón de la esterilidad de la mujer, pero nos preguntamos ¿quien puede creer que esto lo realice alguien gratuitamente?

El proyecto requiere también, que la mujer gestante haya sido madre y se infiere que ello es así porque sólo quien ha pasado por el embarazo y el parto sabe realmente lo que ello representa, garantizando además que la mujer no va a arrepentirse luego del parto.

Así como muchas cuestiones se las ve sólo desde un lado de la relación y olvidando a la otra y quizás más desvalida, en este caso se ve sólo la “necesidad” y el “deseo” y “el derecho” de una pareja o una persona de ser padre o madre y de tener un hijo, que por cierto tienen todo el derecho de tratar por todos los medios lícitos y éticos de cumplir sus anhelos. Pero siempre en la vida, para todo existe un valladar, y como dijimos más arriba, y según nuestro criterio, en este caso la valla, la pone la

ética, concretamente, la bioética. Una vez más corresponde plantear: ¿Todo lo científicamente posible, es éticamente correcto?

Pensemos en la mujer gestante: ¿quién o quiénes serán las mujeres que se “presten” a esto? gratuitamente, creemos que muy pocas o nadie. Y si existiera remuneración, como es en el mundo en los lugares donde está legislado el tema, lo hacen las mujeres de condición humilde porque de esa forma tienen un dinero que no conseguirían ni trabajando veinte años⁴. Es decir que para las mujeres es una forma de cosificación (sólo son portadoras o incubadoras)⁵ y les hace perder su dignidad porque comercian con su cuerpo y con el bebé gestado que entregan. La Ciencia que tanto avanza podrá dar solución a esto en un futuro quizás no lejano. Ello ocurrirá cuando se pueda lograr que un útero artificial “geste” al embrión que no puede llevarlo a cabo una mujer.

Respecto a que en el Proyecto se prevé que sea gratuito, permítasenos dudar de ello. Se establece que para la homologación judicial uno de los requisitos es que “*la gestante no ha recibido retribución*”, pero evidentemente, ésta puede otorgarse luego de obtenida la homologación y como lo dijéramos más arriba es de la única forma que se entiende este tipo de actos. Así también nos preguntamos una vez legislado y receptado el instituto, comenzará a hablarse de la “reparación del lucro cesante que el no poder trabajar por el embarazo ocasionará a la mujer gestante o para sufragar los gastos de su manutención durante dicho período”, y ello no será mal visto por nadie, y así existirá la contra prestación económica que nadie podrá controlar ni evitar y la supuesta “gratuidad”, pasará a ser eso, una suposición que en la realidad no es tal.

Viendo la cuestión desde el punto de vista del niño. Acá se está queriendo hacer valer a la Convención de los derechos del niño aún cuando no hay niño nacido.

⁴ Vasta consultar las múltiples notas y páginas que hay en la web, y las agencias que se ofrecen para mediar en los servicios.

⁵ Dicha cosificación surge de los fundamentos que da una de las relatoras del Proyecto sobre el tema junto a otra jurista. **Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora**, idem cita 3, dado que expresan “*En el anteproyecto se utiliza la expresión «gestación por sustitución» por dos razones fundamentales: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra «maternidad» no es la adecuada; en segundo lugar porque, como se verá, la normativa solo acepta a la figura de la **mujer puramente gestante***”. (el remarcado es nuestro)

Se parte de la situación de una persona o pareja que quiere ver cumplido sus deseos de paternidad o maternidad y no se piensa en el derecho de ese nuevo ser a la propia identidad y sin manipulaciones.

Por otra parte, el Proyecto requiere que la mujer gestante ya haya sido madre. Ello hace suponer que hay uno o más niños que verán a su mamá en estado de gravidez, verán la evolución de su vientre y que luego del nacimiento no verán más a su “hermanito”, porque su mamá en realidad, no es su mamá, sino un medio (una caja, una cosa, una incubadora) que llevó adentro esa vida que “no le pertenece”. ¿Alguno de los redactores del Proyecto que incorporó esta práctica pensó en los derechos de estos niños y en las perturbaciones psicológicas que la situación les pueda ocasionar⁶?

-II-a) Nuestra propuesta:

El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, en el párrafo final de su art. 543 disponía “...*La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita*”. Coincidió así con el Código Civil vigente, en tanto la determinación de la maternidad se produce por el hecho del parto. Pero ese proyecto tenía una posición explícita del tema de la que carecía el Código de Vélez.

Consultando los fundamentos del proyecto, se obtiene la verdadera intención del legislador de 1998, que compartimos, dado que respecto a este artículo establece “*Esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema, y también en el proyecto que cuenta con media sanción del Honorable Senado de la Nación*”

Esta es la posición que debió asumirse sobre el tema, reproducir el artículo 543 del Proyecto de unificación de Códigos civil y comercial de 1998.

-III- Matrimonio

El matrimonio, para el Proyecto, deja de ser una institución para pasar a ser un contrato. Lo único que importa es la voluntad de los esposos. Pero a diferencia de cualquier otro tipo de contrato éste puede rescindirse por cualquiera de las partes

⁶ Esta observación no es propia, sino que nos la hizo notar la abogada Karina A. Andriola

unilateralmente (artículo 437 del Proyecto) y lo que es peor, sin consecuencias jurídicas.

-III- 1) Derechos y deberes de los cónyuges

A nuestro entender se ha vaciado al matrimonio de contenidos serios. No se entiende que dentro de una relación matrimonial no se requiera (además de los deberes de asistencia y alimentos) la cohabitación de común acuerdo y la fidelidad. En el sistema monogámico que aún tiene nuestro país, es inadmisibles que no sea un deber jurídico la fidelidad de los cónyuges **durante** el matrimonio. Hacemos esta aclaración, porque hemos propiciado que el deber de fidelidad se relativizada⁷ o cesaba en la separación de hecho, y lo seguimos manteniendo, pero otra cosa es durante el matrimonio, máxime si el divorcio puede solicitarse en forma unilateral.

Resulta incongruente también que por una parte se elimine al deber de fidelidad entre los esposos y se mantenga, según lo prescribe el artículo 566 la presunción de paternidad del marido, a los hijos de la esposa nacidos durante el matrimonio

Como lo hemos manifestado más arriba, el agregado que se le efectuó al artículo de “deber moral” de fidelidad no nos parece suficiente, dado que no tiene trascendencia jurídica.

Por otra parte al establecerse en el artículo 436 la nulidad de la renuncia al divorcio o todo pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tendrá por no escrito, y dado que la fidelidad no es un deber jurídico, podría inferirse que el Proyecto propicia la infidelidad.

Así también llama la atención que en el artículo 418 sobre celebración del matrimonio se indica que se leerá el artículo 431, el que expresa: “Los cónyuges se deben asistencia recíproca”, omitiéndose indicar la lectura de la primera parte del artículo 432, que establece el otro deber importante que tienen los cónyuges: “Los

⁷ Ponencia *“La autonomía de la voluntad en el cumplimiento de deberes y en el ejercicio de derechos en el matrimonio”*, en colaboración con las Dras. Ana María Chechile e Isabel Adriana Mascaró, en las VI jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín entre los días 27, 28 y 29 de octubre de 1994. -

cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho...”

-III- 2) Nuestra propuesta

Somos defensores de la familia en todas sus formas. Sabemos de la existencia de nuevos modelos y que el derecho hace muy bien en adecuarse a ellos para darles respuesta jurídica. La familia, sigue siendo el lugar donde las parejas construyen un proyecto en común y donde deben apoyarse para la realización personal de cada uno de sus miembros. Cumple también la función en la mayoría de los casos, de proteger física, espiritual y psíquicamente a los hijos mientras son menores, para su equilibrado desarrollo y todo esto debería estar claramente indicado en las normas del Código.

En la actualidad existe un flagelo que azota a las relaciones de familia y es la violencia familiar. Los números de maltrato de género, generalmente a mujeres, de niños, y de personas mayores desvalidas son altísimos⁸, por ello, el Código cumpliendo una función didáctica para el común de los habitantes, debería indicar expresamente el respeto y ayuda mutua que se deben los esposos como deberes matrimoniales.

Norma que proponemos: *“Los esposos deben cohabitar de común acuerdo, debiéndose también fidelidad, alimentos, asistencia recíproca y un trato digno, respetuoso, basado en la igualdad y no discriminación. Así también debe existir mutua colaboración que se deben prestar en la atención del hogar y en la crianza y cuidado de los hijos.”*

-III-3) Divorcio:

Nos parece inadmisibles que el divorcio pueda ser pedido unilateralmente y sin alegación de causa alguna por cualquiera de los cónyuges. Es una simplificación que vacía aún más el contenido del matrimonio.

No desconocemos la intencionalidad que se ha tenido de eliminar toda causal subjetiva para el divorcio a efectos de que no quede vestigio alguno para requerir reparación por daños y perjuicios.

⁸ Ver las estadísticas publicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la página de Oficina de Violencia doméstica, <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>

Como dijéramos se ha reducido al matrimonio, a un simple contrato (acuerdo de voluntades), pero con la característica de que unilateralmente y sin consecuencias jurídicas podrá rescindirse (arts. 431 y 437). Como está planteado en el Proyecto, la compra de un electrodoméstico tiene más consecuencias jurídicas si se rescinde unilateralmente que el matrimonio.

Estamos convencido que los matrimonios en su gran mayoría funcionan por el acuerdo y la buena disposición de ambos miembros de la pareja, y que cuando un matrimonio se rompe, generalmente hay razones concurrentes de ambos miembros de la pareja que llevan a esa situación. Llevamos varias décadas trabajando en el ámbito del derecho de familia y propiciamos los acuerdos, el trabajo multidisciplinar y el evitar la conflictividad. No obstante, creemos y sostenemos que aunque mínimamente siguen existiendo algunas situaciones absolutamente patológicas que hacen que sea uno sólo el responsable de la ruptura, así: el atentar contra la vida del cónyuge, violencia en todos sus aspectos- física, psíquica-económica- sexual-, etc. La función primordial de la justicia es lograr la paz social, pero ello no se logra si a quien se siente gravemente agraviado - y puede demostrarlo- no se brinda una posibilidad de reparación.

Así también interpretamos que debió mantenerse para solicitar el divorcio la existencia de una causal. Además de las que indicamos más arriba, debió seguir siendo causal de divorcio, la separación de hecho como causal objetiva, aunque por un período más reducido al actual (podrían ser seis meses), dado que el tiempo que se requiere en la actualidad es excesivo.

Creemos también que debió mantenerse la presentación conjunta como forma genérica para solicitar el divorcio con la eliminación de las dos audiencias, que ya han sido declaradas inconstitucionales en varios fallos y resultan más que excesivas.

El artículo 438 establece que toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados del mismo. Ello nos parece correcto y acertado, pero no compartimos que en la última parte de dicho artículo se establece que “En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio”. Si se quiere divorciar una pareja, primero debe poner toda la energía por lo menos para cerrar las cuestiones relativas a los hijos menores.