

COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En representación de la UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA PLATA, hacemos llegar el siguiente trabajo, donde, pese al escaso tiempo y el reducido espacio, se ha intentado señalar algunos de los errores que, a nuestro entender y llevados por la filosofía humanista y cristiana que impregna el sentido de la enseñanza en nuestros claustros, a ser tenidos en cuenta en el estudio del Proyecto de reforma de los Códigos Civil y de Comercio de la Nación.

1) Necesidad de la reforma:

Ha dicho Salvat, que “un código es un cuerpo de leyes destinado a regir en una sociedad determinada, por consiguiente a ejercer en ella una influencia considerable y a encauzar el curso de las relaciones jurídicas entre los individuos. Debe reunir 3 requisitos: 1) estar de acuerdo con las tendencias y modos de ser de la sociedad que ha de regir; 2) que la redacción de sus disposiciones sea clara y precisa y 3) que en el ordenamiento y la distribución de las materias se haya procedido con método. El CC reúne estos requisitos. El CC es una buena obra, que honrará siempre el nombre de su autor” (Salvat, Raymundo M, Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte general, comentado por Víctor Romero del Prado, Bs. As., TEA, 1950, t. I, p. 143/144). Asimismo, en una segunda aproximación debe cotejarse si este conjunto de normas positivas, que regulan todas las relaciones del hombre en la vida civil, de allí su importancia, se conforman con los principios fundamentales del Derecho, no reducido a su concepto objetivo, sino derivado de su congruencia con la naturaleza y la razón, como magistralmente lo explicara el Papa, en su discurso ante el Bundestag (Parlamento Alemán) en su último viaje a dicho país. No hay duda que Vélez en su obra prestó especial atención por consagrar los derechos naturales, ya conocidos en el derecho romano, su principal fuente, como en la tradición cristiana reflejada en el derecho hispánico, vigente en nuestro país, así como incorporados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa.

Con la reforma de la ley 17711, en la que participaron maestros del derecho civil de la talla de LLambías, Spota, Borda, Alsina Atienza y otros, se buscó incorporar al CC, algunas instituciones que el mismo no contemplaba, pero que había dado marco para que la jurisprudencia las receptara, tales como el abuso del derecho, la lesión enorme, la buena fe en el cumplimiento de los contratos, etc.

En el proyecto en estudio, se abandona el sistema adoptado por la ley del año 1968 que introdujo sus modificaciones pero manteniendo su estructura, por otro en el cual sustituye aquélla por otra totalmente nueva, como marco del nuevo Paradigma del Estado de Derecho Constitucional, intentando combinar y complementar el Derecho Privado con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La mayor crítica que siempre se ha hecho a nuestro CC es su excesivo individualismo, manifestado en el respeto irrestricto del principio de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad privada individual. Sin embargo, ello no es tanto así, ya que si bien la influencia del CC francés no puede negarse, Vélez supo alejarse de su preceptiva en los casos en que consideró, de acuerdo con el espíritu de nuestra cultura, que debía ponerse límites. Así, en materia de Derecho de Familia no tomó como fuente al Derecho francés sino al Derecho Canónico, en derechos reales conservó la distinción del título y modo del Derecho Romano, dejando de lado el consensualismo del Código Napoleón y al eliminar el aditamento “de la manera más absoluta” de la definición del dominio dada por Aubry y Rau al receptarla en su art. 2506.

En cambio, la iniciativa en análisis ha llevado la autonomía de la voluntad a extremos que Vélez no se habría ni siquiera imaginado, como en la voluntad procreacional, el matrimonio entre personas del mismo sexo y su filiación natural (¿)o en la identidad de género.

De ello se desprende que de prosperar la iniciativa, tendríamos un CC mucho más liberal e individualista que el actual, por lo que la Sra. Presidente vería alcanzada su ambición de equipararse a Napoleón I.

Nuestro CC, con la reforma de la ley 17711, ha regido la vida civil de los habitantes de nuestra nación sin inconvenientes y su redacción ha motivado a una destacada escuela de juristas que desde la doctrina y la jurisprudencia han enriquecido notablemente su contenido. Esta ciudad de La Plata, especialmente la Universidad que hoy nos alberga, en consonancia con la UCALP a la que represento, ha sido escenario en sus clases, congresos, seminarios y publicaciones de la tarea jurídica de maestros como Ambsrosioni, Di Pietro, Lapieza Elli, Alsina Atienza, Portas, Goldemberg, Salas, Trigo Represas, Mercader, Spota, Rezzónico, Molinario, Allende, Alterini, Maffia, Gnecco y otros de no menor valía, que conformaron una extensa y valiosa producción científico jurídica complementaria del CC, que permite su actualización y facilita su aplicación a los casos concretos y a las nuevas situaciones que los tiempos presentan.

2) OBSERVACIONES AL PROYECTO:

A) Metodología: Que en primer lugar, debemos senalar que se incurre en el mismo error en que a mi juicio caía el proyecto de 1998, al eliminar por completo las notas de Vélez Sársfield al CC. De esta manera se omite toda mención a las fuentes tenidas en cuenta para cada artículo, tal como acertadamente y en forma metódica y precisa lo hace el código vigente. Ello priva al cuerpo normativo de una información esencial para la tarea del intérprete que al conocer el antecedente tomado en cuenta para cada texto legal, puede ser orientado en el sentido en que habrá de aplicarse la norma. Por otra parte, si bien es cierto que las anotaciones de Vélez, al margen de las citas, son opiniones del autor sin carácter normativo, y que sólo es ley el texto sancionado por el Congreso, teniendo en cuenta la formación de aquél, constituyen el primer comentario al CC emanado de su autor, de importancia fundamental para su interpretación, tal como ha sido reconocido por todas las escuelas formadas sobre la misma.

También merece reparos el lenguaje utilizado, calificado en los Fundamentos como más apto para el conocimiento de toda la

pooblación y no sólo de los juristas. Se han abandonado expresiones usadas en el texto original por Vélez que demostró una muy seria y científica utilización de los términos más adecuados para expresar los conceptos jurídicos y que no siempre se mantienen al emplearse sinónimos que no expresan el mismo concepto. Recordemos al respecto lo expresado por Di Pietro en su obra *Verbum Iuris*.

Resulta encomiable la inclusión de una Parte general, de la que nuestro CC carece y que ha sido incorporada didácticamente en todos los planes de estudio y aceptada por la mayoría de la doctrina. Pero hay algunas fallas y omisiones que deberían ser corregidas., tales como la no inclusión de las relaciones reales, la falta de principios generales aplicables a todo el conjunto normativo, que deben surgir de la realidad y no de una parcial lectura de la misma, como se desprende fácilmente de la lectura de la nota de remisión que al hacer referencia a “ la libertad y la dignidad de las personas para elegir su forma de vida en el marco de las leyes que rigen nuestro país”, sin mención de los límites que la naturaleza, los valores sociales y las tradiciones que conforman la ideosincracia cultural de una nación deben imponer a la libertad individual. Ejemplo de ello es el falso concepto de persona humana y del comienzo de la vida que adopta el Proyecto, pues adopta una visión inmanentista y cosificante que contraviene su auténtica naturaleza.

De allí que es menester precisar el verdadero concepto de persona.

Boecio la definió como “sustancia individual de naturaleza racional”¹.

Al analizar la definición de Boecio encontramos varias características que resultan también propias del ser humano. Las analizaremos

1. SUSTANCIA. Se contraponen el concepto de sustancia al de accidente. Filosóficamente sustancia es lo que existe en sí, y accidente es lo que existe en otro.

La persona no es, pues, un accidente, sino una sustancia; pero no es una sustancia cualquiera, sino una sustancia individual completa pero tampoco es una sustancia individual cualquiera, sino una sustancia individual

¹ Boecio,. De duabus naturis et una persona Christi, cap. 3; PL 64, 1343 ss.

que, además, es de naturaleza racional o intelectual. Existe en si misma y por tanto es sustancia.

2. INDIVIDUAL. Cada ser humano no es parte de algo, sino “un todo”. Cada ser humano significa un sujeto autónomo.

Por tanto cada persona tiene el carácter de la individualidad, en su doble alcance “unidad interna” y “diversidad respecto de los demás” y reiteramos todo ser humano es unidad y unicidad.

3. NATURALEZA RACIONAL. La naturaleza racional es el constitutivo material y ser el constitutivo formal.

4. RELACIONALIDAD. La noción de persona se caracteriza por la relación con otras personas.

Desde la biología se nos enseña que desde el momento que el espermatozoide penetra el ovocito² se forma un nuevo organismo el cigoto³.

Por tanto la existencia de todo ser humano comienza cuando un espermatozoide (célula masculina) se une con una célula huevo, óvulo (célula femenina), ya sea en el seno materno o fuera de él por técnicas de reproducción asistida.

El cigoto tiene ya información genética propia, que es distinta a la de sus padres y constituye una identidad individual.

En ese nuevo ser viviente, el cigoto, lo más importante es la organización de un nuevo genoma, que representa el principal centro informativo para su desarrollo todas las ulteriores actividades.

El cigoto constituye la primera realidad corporal del nuevo ser y posee su propia información genética la que se irá revelando a medida que trascorra el desarrollo que básicamente implica “tres hechos: "crecimiento corporal", debido a la división celular conservando cada célula resultante una copia de la información genética del cigoto; "diferenciación celular", debido a la expresión genética diferencial de genes en los linajes celulares que se van produciendo a lo largo del desarrollo embrionario y fetal (histogénesis); y "organogénesis" que marca el comienzo de la etapa fetal, hacia la octava semana del desarrollo, y que determina la continuación del desarrollo y la formación de todos los órganos vitales del nuevo ser”⁴.

² El ovocito es una célula germinal femenina que está en camino de convertirse en un óvulo maduro. En general es un óvulo liberado por el ovario en cada ovulación.

³ Vescovi A. L., Spinardi, L. La natura biologica del embrione, Revista Medicina e Morale 2004/ 1, pp. 53-63

⁴ Jouve Nicolás Cualquier ley que ignore la verdad científica irrefutable carecerá de legitimidad” [www. hazteoir. org. madrid](http://www.hazteoir.org)

Por tanto el cigoto es una célula madre totipotencial con aptitud para
Sentado ello la distinción que se efectúa en el art. 19 del Proyecto es manifiestamente carente de fundamento científico y constituye un menoscabo para el ser concebido in Vitro.

Tanto los seres concebidos en el seno materno como in Vitro comienzan su existencia el mismo momento de la fecundación.

De allí el grave error del citado art. 19 del Proyecto.

Otra incongruencia derivada de la imprecisión en el concept de persna se manifiesta en el art. 17 con la ubicación que se pretende dar al cuerpo humano y sus partes.

Se vuelve atrás en la discusión sobre la diferencia entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, que se creía superada ante la unánime aceptación de la tesis dualista, al reconocer que el patrimonio de las personas se comprende de bienes susceptibles de apreciación económica, dentro de los cuales se encuentran las cosas que son aquéllos bienes materiales, pero que también incluye al cuerpo humano y sus partes, de acuerdo con las normas del Código. El art. 17 los califica de bienes sin valor económico, por lo que no tendrían que ser considerados dentro del patrimonio de las personas, pero sin embargo, más adelante los incluye, lo cual es un despropósito, ya que el cuerpo humano es parte de la persona humana que se integra por cuerpo y alma y no un bien de su patrimonio, que por otra parte es una contradicción ya que el mismo articulado del proyecto establece que el cuerpo humano no tiene valor patrimonial.

Inclusión de la propiedad comunitaria indígena.

En consonancia con la atribución constitucional al Congreso de la Nación contenida en el art. 75 inc. 17 de la CN, de reconocer a los pueblos indígenas la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, el proyecto incluye en su art. 2028 y sig. un nuevo derecho real al que llama propiedad comunitaria indígena.

Sin perjuicio de compartir lo expuesto en la Resolución de las XVIII jornadas nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 2001, en cuanto a la improcedencia de su inclusión en el CC, dado el carácter de la

norma constitucional, su reconocimiento como un derecho real nuevo, al que llama propiedad comunitaria incurre en el mismo error del texto constitucional. En primer lugar al llamarlo propiedad comunitaria, lo estamos reconociendo como un derecho distinto del derecho de propiedad individual previsto en los arts. 14 y 17 de la CN., que no fueron modificados por la reforma de 1994, atento la prohibición de hacerlo del art. 7 de la ley de convocatoria 24.309 respecto de las declaraciones, derechos y garantías del texto original. Por ello se ubica su reconocimiento como facultad del Congreso en el art. 75 inc. 17 y no como un nuevo derecho. No existe entonces una nueva propiedad comunitaria distinta de la propiedad individual de los arts. 14 y 17 del texto constitucional. Al decirse que la primera obligación del Legislativo federal es reconocer la personería jurídica de sus comunidades, ello importa organizarlas dentro de los tipos que la ley reconoce cooperativas, fundaciones, asociaciones civiles, sociedades comerciales, etc. Siendo la persona jurídica resultante la titular del derecho de propiedad indígena (art. 2029), su derecho no puede ser otro que el dominio legislado en el CC, con las modificaciones introducidas en el proyecto, si se sanciona, que lo ubicarían como un supuesto de dominio imperfecto, pero dominio al fin.

El desconocimiento del concepto de persona humana, especialmente como ser trascendente, que debe abarcar el respeto por su vida, honor, dignidad y demás derechos naturales, lleva al Proyecto a otros errores, que por su gravedad serán esbozados a continuación. En el art 51. se dispone:-
“Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Guarda silencio la norma sobre el primer derecho personalísimo: el derecho a la vida.

Si bien no pueden, en principio, establecerse jerarquías objetivas entre los derechos personalísimos, existe una excepción, el derecho a la vida, pues por su naturaleza ocupa el primer lugar con respecto a todos los demás derechos.

Encuentra fundamento esta afirmación en que los restantes derechos personalísimos son existencialmente no autónomos pues necesitan un sujeto de inhesión de carácter autónomo, al que cualifican y perfeccionan⁵.

Tan cierto es lo afirmado que todo atentado contra la vida importa al mismo tiempo un atentado contra todos los derechos humanos básicos porque su ausencia impide que los mismos se concreten⁶.

6. MATRIMONIO

Una de las reformas más relevante por las nefastas consecuencias que habrá de provocar de aprobarse, es la concerniente al matrimonio.

El Anteproyecto abreva primordialmente en la filosofía que considera que el matrimonio, la familia y la sexualidad humana, son realidades que no dependen de factores objetivos o naturales, sino estrictamente de planteamientos subjetivos, esto es de las mutantes ideologías individuales y colectivas, y de la voluntad de los individuos o los Estados.

Esta concepción está impregnada, en algunos de sus principios, por el individualismo liberal, que considera al matrimonio y la familia únicamente como medio de satisfacción de “intereses exclusivamente individuales de sus integrantes, como mecanismo de desarrollo de la personalidad individual, a través de su sometimiento a los deseos de dicha voluntad; ligado a éste último, el triunfo de la afectividad (el amor-sentimiento) como razón de ser y fundamento del matrimonio, no solo en su momento fundacional, sino a lo largo de toda su vida⁷.

Se ha relegado el concepto de familia concebida como institución fundada en el matrimonio, para reemplazarla por la concepción de familia contractual o voluntarística supeditada a los intereses individuales de sus integrantes⁸.

Dicho de otra manera la involución descrita discurre de la concepción transindividual o institucional a otra voluntario-individualística.

⁵ Massini Correas Carlos I. “El derecho a la vida...” ED 175-802

⁶ Massini Correas Carlos I. “El derecho a la vida...”cit ED 175-802.

⁷ Martínez de Aguirre Carlos Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del instituto de ciencias para la familia. Ediciones Rialp.

⁸ Bessone Mario, Alpa Guido, D’Angelo Andrea y Ferrando Gilda, La famiglia nel nuovo diritto p 8 Edit. Zanicheli 2002

Se pretende pasar del matrimonio institución a una unión desinstitucionalizada y privada de sus caracteres básicos.

El vocablo “subjetivización” califica al nuevo proceso que se intenta.

En el régimen propiciado ellos estarán subordinados exclusivamente a la voluntad humana, tanto en el orden individual como en el orden social, léase sociedad y Estado, que pueden establecer el contenido que consideren más adecuado.

Esta cerrada concepción contractualista o voluntarística del matrimonio al desdeñar la realidad natural impide toda pretensión de considerar al matrimonio como una institución.

Prueba de ello es que lo proyectado otorga primacía a ultranza al consensualismo,

La configuración del matrimonio como contrato, como lo hace el proyecto, es la puerta de entrada de la subjetivización, a lo que sigue su plena asimilación a los demás contratos.

No solo el principio y el fin del matrimonio estarán, según esta concepción, sometidos a la voluntad contractual, sino también su contenido constante.

En tal sentido se sostiene en los fundamentos: *“...De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio”.*

Pero la transformación nociva no se ha detenido allí, sino que ha irrumpido como exclusivo fundamento del matrimonio la afectividad o amor-sentimiento o amor romántico.

Es el tiempo del primado de la afectividad que es típico del matrimonio moderno⁹.

La afectividad debe existir al día constitutivo del matrimonio. Pero si bien el matrimonio ha de ser por amor y se proyecta a toda la vida subsiguiente, tiene una limitación: cuando el amor se acabe se justifica que

⁹ D'Agstino F., Una filosofía della famiglia, p 54, Milano 1999;

también desaparezca el matrimonio.

Como se advierte el sentimiento se convierte en un elemento decisivo en la concepción social del matrimonio.

El Anteproyecto recoge este criterio pues regula el divorcio express incausado, habiendo desaparecido entre los efectos personales la fidelidad y la cohabitación.

De tal manera la subsistencia del matrimonio pasaría a depender de la voluntad unilateral de los esposos ligada al amor sentimiento¹⁰.

Así se expresa en los fundamentos: *“se justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación (...) Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”*.

“De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea.

“La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio...”

Por tanto la *affectio maritalis* es la que hace perdurar el matrimonio¹¹.

En esta concepción no existe propiamente un interés familiar distinto del

¹⁰ Martínez de Aguirre Carlos Diagnóstico sobre el derecho de familia. Documentos del instituto de ciencias para la familia. Ediciones Rialp.

¹¹ Arechederra Aranzadi El matrimonio informal p 104, Nuestro Tiempo 1995

individual de los componentes del grupo¹²: matrimonio y familia no pasan de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad individual de sus componentes, y del libre desarrollo de su personalidad. El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren.

Lo expuesto se encuentra expresado en los Fundamentos del Anteproyecto cuando se afirma: *“De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”*.

“...De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta...”

7. IMPEDIMENTOS

Se elimina la sordomudez como impedimento.

Se incorpora una nueva dispensa que debe otorgar el juez y es el caso del art. 403 g (la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial).

Así lo dispone el art 405 *“En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial.*

¹² Trabucchi Alberto «Pas par cette voie s'il vous plaît!», p. 335. Revista de Derecho Civil 1981 Vol 1 Universidad de Trento.

“La decisión judicial requiere dictamen previo de los equipos de salud sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada.

“El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes, sus representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente”.

Merece objeciones lo regulado. El matrimonio no es una estipulación cualquiera, sino un acto trascendente en la vida de los contrayentes.

En el caso de privación transitoria de la salud mental, bastará con aguardar que desaparezca el hecho motivante de la misma, para que el afectado pueda celebrar el matrimonio.

Por lo demás ¿como se puede dispensar a quien padece un shock emocional, o se halla bajo los efectos de drogas?

Con respecto a la falta permanente de salud mental, debe efectuarse una distinción.

Si está incapacitado judicialmente y el juez en la sentencia ha hecho constar que no puede contraer matrimonio (art. 38), entendemos que no se puede otorgar la dispensa.

Si no media declaración de incapacidad y se ha formulado oposición fundado en esta causal podría otorgarse la dispensa, previo cumplimiento de los pasos previos exigidos por el 405.

En todos estos casos la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial que exige la norma consiste en tener la vis crítica valorativa práctica del matrimonio y de las obligaciones que de él se derivan.

12.DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

Los arts. 431 y ss. regulan los efectos personales del matrimonio.

Se han eliminado la fidelidad y la cohabitación.

En los fundamentos se intenta justificar esta decisión, afirmando: *“Una de las modificaciones sustanciales se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se regulan sólo los deberes y derechos 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.*

“Este punto de partida no significa desconocer el alto valor axiológico del deber de fidelidad o el de cohabitación; sólo se trata de que al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas; por eso no se los regula”.

Este criterio parte de un grueso error. Los dos efectos suprimidos no lucen en el actual texto porque existen la separación personal y el divorcio como sanción.

Esta apreciación se origina porque en el Anteproyecto subyace un equivocado concepto del verdadero amor y de la fidelidad.

La fidelidad en tanto expresión del amor de los esposos es “la especial lealtad que se deben los cónyuges por causa del matrimonio, en todos los aspectos de la vida, y no sólo en orden al ejercicio de la sexualidad”.

En la actualidad “amor” tiene distintos significados, pero el amor verdadero significa voluntad de darse total y personalmente para hacer bien al otro. El amor conyugal es por lo tanto el “elemento especificativo de la comunidad de vida. No es un elemento poético o literario, es un elemento que reúne todas las características de lo jurídico.

Encuentra uno de sus fundamentos en el acto del consentimiento, cuando ambos, en forma recíproca se reciben y aceptan mutuamente en matrimonio *pro semper*.

Este acto del consentimiento para ser válido ha de ser libre. Y justamente la verdadera libertad se realiza en la fidelidad. La

libertad que se realiza en la fidelidad es, por su naturaleza dialogal. El darse y recibirse recíprocamente en matrimonio implica una tendencia hacia lo definitivo.

Pero a su vez encuentra otro de sus fundamentos en la institución matrimonial que a cada uno le concede el derecho a exigirle al otro fidelidad conyugal y es la institución matrimonial la que a cada uno le impone la obligación de ser fiel al otro...”.

Por tanto, el deber de fidelidad conyugal consiste en la exclusividad en la relación íntima conyugal a la que va unida la vida toda de ambos esposos, en orden a constituir la comunidad de vida y amor, cuyos fundamentos son el consentimiento mutuo y la ley fundamental de la institución matrimonial

Por lo demás la fidelidad da fundamento al principio de unidad, que es una de las propiedades del matrimonio.

Asimismo la fidelidad protege el bien de la prole, pues el amor fiel de los esposos se cristaliza en los hijos, don preciosísimo del matrimonio y además coadyuva a la educación de los mismos.

En cuanto a la cohabitación su supresión resulta insólita.

Todos los autores salvo alguna excepción aislada son coincidentes en que el matrimonio constituye una comunidad de vida y amor.

Ello conlleva necesariamente que deben vivir juntos en un mismo lugar, en un mismo domicilio, en el hogar conyugal.

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, ordenado, como hemos dicho, al bien de los cónyuges y la engendro-educación de la prole.

Así la obligación de convivir se constituye en un presupuesto externo para el desarrollo de la comunidad de vida.

Esta comunidad de toda la vida conlleva como condición de

plenitud el débito conyugal.

Por ello, no es suficiente que convivan bajo un mismo techo, además debe haber entre ellos comunicación sexual.

En efecto, la cohabitación no se limita a vivir en una misma casa, sino que comprende el derecho deber de hacer vida marital el hombre y la mujer.

Por lo demás el deber de asistencia, en cuanto elemento motor del *mutuum adiutorium* y conjunto de comportamientos, gestos, actitudes y ayudas, y la satisfacción de las necesidades recíprocas de los esposos que cada uno va captando en forma natural en el decurso de la vida cotidiana y fluyen también de los diálogos que integran la relación de los cónyuges, será muy difícil llevarlo a cabo, por no decir imposible, al no cohabitar.

Resumiendo la eliminación de los deberes de convivencia y de fidelidad nos permite aseverar que el derecho de familia argentino, de aprobarse este criterio, tendrá un nuevo modelo de familia de espalda del que resulta mayoritario en la sociedad argentina actual.

En efecto se consagra un matrimonio abierto sin deber de convivencia ni de fidelidad y si el derecho tiene un valor pedagógico, -como también se destaca en otro párrafo de los fundamentos- lo cierto es que la solución propuesta conculca caprichosamente las características propias del matrimonio, olvidando que la comunidad de vida, la monogamia y la estabilidad contribuyen a la generación de las condiciones necesarias para la procreación y la educación de los hijos¹³.

Por tanto resulta absurda la eliminación de estos dos efectos personales.

Cabe señalar que el Código Civil español, donde tanto parece han abrevado los reformadores, en el art. 68 conserva los deberes eliminados en el

¹³ Hernández, Lidia B., Ocampo Carlos G, Ugarte Luis A "Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial" LL 30/5/2012

proyecto, disponiendo: *“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”*.

13. NULIDAD DE MATRIMONIO. SUPRESIÓN DE LA IMPOTENCIA

Se ha suprimido la causal de nulidad por impotencia.

Se sostiene en los fundamentos que: *“Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetiva y subjetiva, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificulta la prueba”*.

Ello importa desconocer el valor de la sexualidad en el matrimonio.

La razón de la existencia de dicha causal, la que consideramos debe subsistir, reside en que no pueden prestar el objeto inmediato del consentimiento que es realizar el acto conyugal de modo humano, apto de por sí para engendrar la prole.

15. INSTAURACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO

Se ha eliminado la separación personal y el divorcio sanción, creándose la figura del divorcio incausado.

El art. 437 dispone que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

A su vez el art. 438. establece como requisito que: *“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.

Continúa la norma con lo que deben acompañar las partes, para la viabilidad de lo propuesto.

Se suma a ello que en el nuevo régimen no hay que aguardar ningún tiempo para iniciar el divorcio. Puede iniciarse inmediatamente después de la celebración. Es el denominado divorcio express.

El nuevo régimen es la máxima expresión de la nueva concepción que se instaura y que considera al matrimonio como una estipulación cualquiera, que en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad puede rescindirse en cualquier momento.

Suprimir las causales de divorcio es posibilitar en sumo grado la disolución del matrimonio; así como también, que no establecer sanción alguna por el hecho de violar los deberes que nacen del matrimonio, puede llevar a una conducta irresponsable, despreocupada en el obrar por parte de uno o de ambos cónyuges, lo que es manifestamente inconveniente para ellos como para los hijos y para la sociedad en general. Además de que al suprimir las causales

culpables, prácticamente se elimina la posibilidad de reclamar daños tanto por la conducta de los esposos que llevaron a la disolución del matrimonio, como por el divorcio en sí mismo, como sostiene Sambrizzi.

El nuevo régimen al eliminar la separación personal y el sistema sancionatorio producirá un gravísimo perjuicio al cónyuge inocente. Por ejemplo, no heredará al culpable.

En definitiva lo proyectado agudiza aun más el drama del divorcio, provocando nuevos perjuicios al inocente. Así en un tiempo de feminismo a ultranza, resulta insólita la regulación propiciada, pues la mujer quedará desamparada, salvo que pertenezca a la clase alta (para quien parece legislarse), y sometida al capricho de un cónyuge díscolo.

FILIACIÓN

En el Proyecto se dispone que la “...*filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción (art.558).*”

En realidad la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida no hace otra cosa que darle recepción a la voluntad procreacional, como surge claramente del 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*”.

Es decir que el hijo tendrá vínculo filiatorio con la gestante y además con el hombre o la mujer que haya prestado el consentimiento informado y libre para la realización de una práctica de esa especie, y no con quien aportó el material ontogénico, que se transforma en un ser anónimo, sin vínculo alguno con el niño.

En tal sentido el 575 establece: “**Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.** *En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.*”

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”

Esta nueva atribución de filiación no resiste un análisis riguroso, porque, si bien pretende ubicarse en una tercera posición entre la filiación por naturaleza y la adopción, no puede pasar desapercibido que la procreación asistida no constituye una forma distinta de filiación de aquella cuya fuente es la naturaleza.

Si bien la filiación por naturaleza por antonomasia es la que genera el

hijo por el lenguaje de los cuerpos del varón y la mujer, no es menos cierto que cuando se recurre a la utilización de formas anormales del encuentro del espermatozoide con el óvulo, también actúa la naturaleza para producir la concepción y, como natural consecuencia, la existencia desde ese momento de un nuevo ser humano distinto al padre y a la madre.

Lo perseguido con esta incorporación, es apartarse de la verdadera naturaleza de la filiación para incorporar una categoría, por medio de la voluntad procreacional, y por tanto con fundamento tan débil, que han debido dotar de absoluta inmutabilidad a ese vínculo filiatorio, a punto tal que la persona nacida de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético.

De este modo, el elemento genético cuando se tratare de fecundación humana asistida, ha sido desplazado por la voluntad procreacional a la que ha constituido en el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padre/madre, o de un

Remata el alejamiento y postergación del elemento genético, lo dispuesto en el art. 577 que dice: ***"Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste"***.

Así, merced a la voluntad procreacional debidamente documentada en consentimiento informado, el hijo habido es también hijo de quien prestó el mismo.

En definitiva según la pretensa norma, por el consentimiento prestado por cualquier persona, según el procedimiento establecido, esté o no casada con la gestante, conviva de hecho o no con ella, haya o no aportado el material ontogénico va a quedar emplazada en el estado de padre o de comadre, con total independencia del vínculo biológico.

Esta iniciativa fue desechada en forma contundente en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil cuya comisión 6 dictaminó: **“En materia de filiación por naturaleza, el Código Civil consagra el sistema binario (madre-padre), por lo que en el caso de matrimonio entre dos mujeres o de dos mujeres convivientes, el hijo gestado por uno de ellas no puede tener dos madres. La gestante es la única madre del nacido”** (34 votos por la afirmativa y 8 votos por la negativa).

Consagra el proyecto además una clara discriminación del hijo habido de esas técnicas, respecto de aquellos cuya filiación es por naturaleza pura.

En efecto según lo proyectado los hijos por naturaleza (art. 582) matrimoniales *“puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.*

El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.

En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un (1) año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos.

En cambio **los nacidos por reproducción asistida** tienen vedada estas acciones por expresa disposición del párrafo *in fine* del art 582 que prescribe: *Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.*

Como se advierte estos últimos **son tratados como inferiores** pues no gozan de iguales derechos que lo hijos por naturaleza por antonomasia,

pese a que el art. 558 proclama: *“La filiación por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida matrimonial y extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”*.

DISCRIMINACIÓN.

Lo proyectado respecto de estos hijos es discriminatorio, pues en forma injusta y arbitraria, sin razón alguna que lo justifique, les da un trato de inferioridad.

Massini Correas sostiene que constituye una discriminación en sentido ético-jurídica, “toda acción por la cual se otorga un trato diferente a una persona o grupo de personas con fundamento o causa exclusiva en sus características personales o naturales”.

Sentado ello es innegable que lo proyectado constituye una clara discriminación para con el hijo nacido por técnica de reproducción asistida **al habersele amputado toda posibilidad de conocer su origen y mas aun de impugnar o reclamar la filiación.**

El proyecto vuelve a la vieja discriminación, superada por la ley 23.264, violando la ontología del ser humano: su radical igualdad.

Pero no acaba allí la discriminación pues en la unión de lesbianas se le priva al hijo de tener un padre y se lo obliga a tener una comadre, sin Por lo demás ¿como se puede dispensar a quien padece un shock emocional, o se halla bajo los efectos de drogas?

Con respecto a la falta permanente de salud mental, debe efectuarse una distinción. Si está incapacitado judicialmente y el juez en la sentencia ha hecho constar que no puede contraer matrimonio (art. 38), entendemos que no se puede otorgar la dispensa.

Si no media declaración de incapacidad y se ha formulado oposición fundado en esta causal podría otorgarse la dispensa, previo cumplimiento de los pasos previos exigidos por el 405.

En todos estos casos la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial que exige la norma consiste en tener la vis crítica valorativa práctica del matrimonio y de las obligaciones que de él sponibilidad alguna de revertir esa situación.

Al impedir al hijo habido de esas técnicas conocer su realidad biológica, reiteramos, se lo se lo inferioriza y por ende se lo discrimina, impidiéndole, que con la verdad desarrolle adecuadamente su crecimiento y la estructuración del psiquismo¹⁴.

Además el ocultamiento es uno de los rostros más repudiables de la mentira, y sin duda factible de originar una personalidad insegura.

De acogerse el régimen proyectado además de institucionalizar una discriminación, y violentar la naturaleza, se pondría en grave riesgo la formación del carácter del niño, en todas las etapas sucesivas de la vida del que lo padece.

No obstante lo antes expuesto **y la imposibilidad de impugnar la filiación por parte de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, la verdad genética postergada y degradada, aflora y debe recurrirse a ella** en auxilio cuando haya y razones debidamente fundadas, evaluadas judicialmente, ameriten revelarla.

Así lo dispone el art. 564 del Proyecto: ***"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.*

a) *obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.*

Pese a haber constituido un valladar inexpugnable respecto de la identidad genética del padre, la realidad negada existe y lo admite el propio proyecto.
