

## PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Andrea Griselda Jofre

En la presente ponencia nos concentraremos en dos aspectos vinculados con la paternidad y la maternidad en el proyecto de Código Civil y aportamos algunas reflexiones elaboradas en el seno del Centro de Bioética, Persona y Familia que dirigen los Dres. Jorge Nicolás Lafferriere y la Dra. María Inés Franck.

### 1. ¿Padre, madre o progenitor?

El proyecto del nuevo Código Civil y Comercial está atravesado por una marcada ambigüedad en la forma de referirse a los padres.

**Progenitores:** En principio, desde lo sistemático, el proyecto reemplaza las expresiones madre y padre por el vocablo genérico "progenitor". Este cambio se advierte de manera más clara en el Título VII del Libro II dedicado a la "Responsabilidad parental". Allí todas las referencias a los padres son reemplazadas por el término "progenitores". Así, el nuevo artículo 638 al definir la responsabilidad parental lo expresa: *"La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"*. Actualmente, el código civil habla de "patria potestad" y la define como *"el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"*. Igualmente, el proyectado artículo 638 elimina la expresión "desde la concepción", lo que plantea dudas sistemáticas en relación al artículo 101 sobre representación de las personas por nacer.

**Filiación:** Igualmente, en el Título V del Libro II dedicado a la "Filiación", los vínculos denominados "paternidad" y "maternidad" son reemplazados por el genérico "filiación". Allí se mantiene la mención a la "maternidad" solo para el caso de filiación por naturaleza (artículo 565), mientras que en el resto de los casos de filiación por naturaleza o bien en técnicas de fecundación artificial se usa la expresión "vínculo filial", hablándose de "filiación matrimonial" y "filiación extramatrimonial". Sin embargo, la "maternidad" es mencionada en el artículo 588 (referido a la impugnación de la maternidad) y las únicas menciones a la "paternidad" se encuentran en el artículo 571 referido al "reconocimiento" que realiza el padre de su hijo. El artículo 583 contiene referencias a la "maternidad" y la "paternidad" para el caso en que un niño a aparezca inscripto sólo con filiación materna.

**"Padre":** Ahora bien, lo propio de un Código es la sistematicidad, de modo que no haya diferentes términos para referirse a las mismas instituciones. Así, además de los casos ya mencionados, en otras partes del articulado se continúa utilizando la expresión "padre" o "padres". Ello ocurre en:

- ✓ Las reglas sobre nombre de las personas (artículos 63 y 64).
- ✓ Representación de las personas (artículo 101)
- ✓ Reglas sobre tutela y curatela (artículos 106, 109, 110, 111, 116, 120, 121 y 139).
- ✓ Acta del matrimonio (artículos 416 y 420)
- ✓ Definición de "hermanos bilaterales" ("los que tienen los mismos padres", artículo 534)
- ✓ En la prueba genética post mortem (artículo 580)
- ✓ En alimentos entre "padres e hijos" (artículo 670).
- ✓ En artículo 1566 sobre pacto de reversión en la donación.
- ✓ En artículo 1646 sobre prohibición de transacción de los "padres", respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial.
- ✓ En artículo 1754, 1755 y 1756 sobre responsabilidad de los "padres" por el hecho de los hijos.
- ✓ En artículo 2281 sobre las causas de indignidad, que incluyen al padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad (inciso f) y al padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental (inciso g).
- ✓ En artículo 2432 sobre reglas de herencia en parentesco por adopción, afirmando que los adoptantes excluyen a los padres de origen.
- ✓ En artículo 2543 sobre suspensión del curso de la prescripción.

**"Madre":** La expresión "madre" aparece en algunos artículos mencionados anteriormente (artículos 109, 110, 565, 583, 588, 590, 604, 625) y también en los siguientes casos ubicados todos en las normas de filiación:

- ✓ En el artículo 572 sobre la obligación de notificar el reconocimiento "a la madre y al hijo o su representante legal".
- ✓ En el artículo 585, que establece que la convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada".
- ✓ En artículo 590 sobre la legitimación para impugnar la filiación presumida por la ley.
- ✓ En el artículo 592 sobre la impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley.

**Adoptantes:** En el caso de adopción, se utiliza la expresión "adoptantes". Sin embargo, en el articulado se habla de los "padres" del menor que luego es dado en adopción. Así ocurre en el artículo 597 (adoptabilidad de un niño cuyos "padres han sido privados de la responsabilidad parental"), 604 ("madre" o "padre" de una persona menor de edad para caso de adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión), 607 (supuestos de la declaración judicial de adoptabilidad), 608 (sujetos del procedimiento), 609 (reglas del procedimiento) 625 (pautas para el otorgamiento de la adopción plena) y 634 (nulidad absoluta de la adopción).

En síntesis, junto con problemas de técnica legislativa y de falta de coherencia interna en el proyecto, se advierte un paso más en la tendencia de suprimir la riqueza de la diferencia entre varones y mujeres, en este caso padres y

madres, y su suplantación por una terminología genérica que empobrece el lenguaje y no refleja las costumbres de los argentinos.

## **2. Responsabilidad parental: algunos cambios inquietantes**

El segundo tema al que nos referiremos se vincula con algunos cambios propuestos en torno a la responsabilidad parental, es decir, los deberes y derechos de los padres en relación a los hijos.

El proyecto del nuevo Código Civil modifica de modo sustancial las normas actualmente vigentes sobre patria potestad, revelando una cierta desconfianza hacia la autoridad de los padres. A continuación formulamos una sintética presentación de algunos de los aspectos más críticos del proyecto en este tópico:

- Como hemos manifestado, se elimina la expresión “autoridad” de los padres de todo el articulado y ello no puede considerarse positivo, pues empobrece la vida familiar y mina una institución fundamental de la vida social. La autoridad de los padres no es algo malo; al contrario, es un servicio de amor, que el Estado tiene que reconocer por corresponder a la realidad de la vida. Por supuesto, esa autoridad no tiene que ejercerse de manera contraria al interés del niño ni a su bien, pero tal peligro jamás justifica que se quite la expresión del Código Civil. En este sentido, expresamos nuestro desacuerdo con que se reemplace la expresión "patria potestad" por “responsabilidad parental”.
- El proyecto incorpora una polémica figura: la delegación del ejercicio de la "responsabilidad parental". Lo hace casi sin restricciones incluso sin necesidad de homologación judicial si hay acuerdo de ambos progenitores (art. 674). Debemos señalar aquí una tendencia a una contractualización de la responsabilidad parental. Esta posibilidad parece estar en abierta contradicción con la noción de orden público que rige la autoridad de los padres.
- En cuanto a la figura del “progenitor afín”, el proyecto no asegura ningún escrutinio de su idoneidad en función del interés superior del niño y se consagra un instituto sumamente controversial. Incluso, se legisla con gran amplitud a los “progenitores afines” que puede incluir a los meros “convivientes”. Ello no puede resultar sino en un desconcierto de los niños, que pueden sufrir notables cambios en aspectos sustanciales de su vida en función de los deseos de los adultos. Por su parte, el progenitor que no tiene a su cargo el cuidado del hijo no tiene potestad para oponerse a la intervención del progenitor afín (673).
- Sobre el derecho del niño a ser oído, no se incluye tal previsión en el caso de delegación del ejercicio de la patria potestad al denominado "progenitor afín" (674) o en el caso del art. 673. El niño o el adolescente no tienen potestad para oponerse a la intervención del progenitor afín (673).

- Desconocemos los motivos por los cuales se quita la prioridad de la madre de tener bajo su cuidado a los hijos menores de 5 años (actual art. 206).
- Cuando se regulan los deberes de los hijos en el artículo 671 inciso b, se condiciona el deber de cumplir las decisiones de los padres al interés superior del niño. Nos preguntamos quién determina tal interés superior.
- Sorprende la posibilidad de que el hijo pueda realizar juicio a sus padres, prevista en el artículo 679.
- Es sumamente criticable el artículo 26 referido a los actos que los menores pueden realizar en relación a su salud y revela una profunda desconfianza hacia los padres. Al mismo tiempo se contradice con la recientemente sancionada Ley de muerte digna (26742) que reformó este punto en particular.
- El artículo 26 que refiere al consentimiento de los menores para actos sobre su cuerpo genera muchos interrogantes. Así, cabe preguntarse si una niña mayor de 16 se podría someter al proceso de "gestación por sustitución" (alquiler de vientre), sin asentimiento paterno. Ello podría ocurrir incluso desde los 13 años si se considerara a esa figura como un tratamiento no invasivo.
- Se elimina la necesidad de obtener la licencia de los padres, cuando los menores desean abandonar el hogar, según el actual 275. En este sentido, el artículo 646 establece como un deber de los progenitores "convivir" con el hijo, pero no hay una norma similar en el artículo 671 referido a los deberes de los hijos. Incluso, el proyectado 667 admite como posibilidad que los hijos no convivan con sus padres y se ocupa de las posibles deudas que pudieren contraer para satisfacer sus necesidades.

Hemos realizado una primera aproximación a algunos de los cambios que presenta el proyecto de nuevo Código Civil y advertimos que se modifican conceptos básicos referido a los derechos y deberes de los padres en lo relativo a la crianza y formación de los hijos, que no reflejan valores consistentes con la protección de la familia que manda la Constitución Nacional y son igualmente contrarios a la constitución fueguina, en sus artículos 14, 17 18 y 28, por mencionar algunos.