

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) Reconocer derechos hereditarios ab intestado a los convivientes.

Fundamentos

Nos centramos en el respeto de los derechos humanos en las relaciones jurídico familiares, no voy a entrar en las objeciones éticas filosóficas de: a) situación jurídica de los embriones no implantados; b) autonomía de la voluntad de la gestante en la maternidad subrogada. Pese a la gravedad de ambos temas, no podría opinar con autoridad ya que no entran en Derecho de Familia.

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. Esto así para evitar los divorcios contenciosos o con atribución de culpa. No obstante la falta de deber de fidelidad, 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).

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 inspira el sistema (salvo la adopción).

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 serlo 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. 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, 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, por lo cual las actas del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, extendían partidas de nacimiento que no registraban el origen adoptivo de la filiación. En honor al derecho a la identidad esto varió drásticamente y no solo que se resguarda tal información, sino que en la sentencia consta que los padres se comprometen a hacer conocer al adoptado su realidad biológica, a su vez a partir de los dieciocho años tiene derecho a acceder al expediente de adopción.

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. Esta voluntad procreacional es suficiente para 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.**

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.

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.

La voluntad es de los adultos, que disponen entre sí acuerdos cuyas consecuencias son meras a los derechos de los hijos. Este 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.

Otras cuestiones

Existen otros cuestionamientos a la regulación del derecho de familia

En el ámbito del derecho matrimonial, la desprotección de los cónyuges que pueden modificar el régimen de bienes todos los años sin que se prevea garantizar la autonomía de la voluntad en cada oportunidad. Otra la regulación al régimen matrimonial es más precaria que el de las uniones convivenciales:

- la convivencia es requisito de las uniones convivenciales pero no de las matrimoniales.
- las uniones convivenciales no tiene las prohibiciones para autoregularse en los pactos de convivencia que tienen las uniones matrimoniales en los pactos nupciales.
- las uniones convivenciales contemplan 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.**

Por último:

Genera profunda preocupación entre los juristas, los principios de la interpretación y aplicación del derecho como así la obligación de los Jueces de resolver en el proyecto.

La interpretación de cada una de las palabras, generan análisis medulosos. Si a esto le sumamos que en Derecho de Familia se produce una fractura con los antecedentes, un quiebre por cambio de paradigma vigente la misma Constitución Nacional imposibilitando recurrir al conocimiento judicial acumulado y gradualmente modificado: ¿Cómo resuelve el Juez un conflicto de intereses dentro de las relaciones jurídico familiares sin jurisprudencia, usos, prácticas, costumbres? Cuando las palabras no dicen lo mismo, cuando no hay leyes análogas, con principios y valores jurídicos que nacen con el mismo Código: ¿Cómo llegar a una sentencia razonablemente fundada que no sea su propio leal saber y entender?