

Consideraciones generales del proyecto unificador – Ponencia elaborada por Ursula C. Basset, en el ámbito del Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Síntesis: En esta ponencia se tratan las propuestas referidas a: a) el comienzo de la concepción de la vida humana; b) la regulación en torno al matrimonio y el divorcio; c) la regulación de las uniones convivenciales; d) la gestación por sustitución; e) Diferentes derechos de los niños según el modo en que fueron concebidos; f) la protección de las personas con discapacidad en la reforma; y, g) aspectos del instituto de adopción que podrían revisarse en aras de su mejora.

Momento del comienzo de la protección de la Persona Humana.

Desde art. 19 al art. 21 se establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno.” Se prevé que en el caso de utilización de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia “comienza con la implantación del embrión en la mujer” remitiendo la protección de este embrión a una ley especial, aun inexistente.

Consideración.

El Proyecto **se aparta de las conclusiones de las modernas ciencias biológicas en el sentido de que el embrión concebido en probeta es una persona humana en formación**, y establece en el art. 19 que la existencia de la misma comienza recién con la concepción en el seno materno, y que en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida se inicia con la implantación del embrión en la mujer, con lo cual desconoce la condición humana del embrión concebido en probeta.

Se aparta además de lo regulado en los Tratados internacionales, con lo que aparece una manifiesta contradicción entre la directriz de constitucionalización del derecho privado. Si en los Tratados internacionales se establece que todo ser humano tiene derecho a que en todas partes se le reconozca su personalidad jurídica, se crearía de este modo una categoría de ser humanos a los que el Estado les negaría el reconocimiento de la personalidad jurídica. Por otra parte, para la Argentina hoy, los embriones no implantados tienen personalidad jurídica y son niños según la Convención sobre los Derechos del Niño, con lo cuál el derecho privado restringiría los derechos en lugar de ampliarlos y se arrojaría la facultad de prohibida de decidir quién es persona y quién no, lo que no es compatible con la defensa de los derechos humanos de todos y de todas.

Finalmente, **se habilitaría el comercio de embriones no implantados**, mientras que en el Art. 17 se prohíbe el comercio de partes del cuerpo humano. Esto es una contradicción que atenta contra la dignidad del embrión.

Ello presenta otra dificultad para el caso de la sucesión ya que pueden suceder al causante las personas “c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 563”. Este artículo prevé la Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. “En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a

luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. Aspecto que **controvierte la evolución positiva del Derecho de Familia argentino que en el año 1985 mediante el comienzo de la vigencia de la ley 23264 eliminó el trato discriminatorio de hijos y otros miembros de la familia que se basaban en circunstancias no dependientes de ellos**, tal el caso de las desigualdades entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Lo provisto en el Proyecto **produce una discriminación injusta entre personas** haciendo prevalecer la seguridad estática sobre el valor igualdad. Estos hijos son idénticos a los nacidos en el caso de lo descrito en el art 563. No existe causa justa para tratarlos de modo diferente. Por otra parte, **implica un retroceso de la Argentina en materia de derechos humanos.**

Matrimonio y divorcio

El Art. 431 del Proyecto establece que: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”. El único deber jurídico que emerge de este texto es la asistencia, que en el cuerpo del texto queda luego reducida exclusivamente a los alimentos entre cónyuges.

Consideraciones

La **concepción del matrimonio que desde el punto de vista jurídico lo reduce solamente a la prestación económica de alimentos es incoherente con la regulación que el proyecto presenta en relación a las exigencias de las denominadas “uniones convivenciales”**. Para las uniones se exige fidelidad, perdurabilidad y cohabitación (“convivencia” durante al menos dos años y “exclusividad”), mientras que para el matrimonio los esposos podrían ser swingers, no convivir y divorciarse algunos días después de haber contraído matrimonio. Esto es incoherente.

Por otra parte, **esta regulación es contraria al sentir de la mayoría de los argentinos**, que por matrimonio entienden una institución que expresa el compromiso de los cónyuges en una institución valiosa para la sociedad.

Desde el punto de vista jurídico, presenta diversos problemas: a) en **materia de presunciones filiatorias**, agravia el derecho la identidad de los niños, por cuánto si los padres convivieran y tuvieran relaciones amorosas con terceras personas durante el matrimonio, atribuir el hijo al cónyuge no conviviente podría suponer un engaño respecto de la identidad del niño. B) En relación al domicilio conyugal, separación de hecho y otras instituciones, se da la particularidad de que estas instituciones carecen de sentido, ya que no existe deber de cohabitación.

El Proyecto no reconoce ni siquiera la posibilidad de pactar una modalidad de vida matrimonial más exigente que involucre los deberes de fidelidad y cohabitación, negando así el reconocimiento del derecho a los que quieren vivir según convicciones más exigentes de vida en común.

Uniones convivenciales.

Desde el art. 509 al 528 se definen las uniones convivenciales como aquellas basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Consideración.

De su regulación resulta una carencia del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad. Se obliga a los convivientes a deberes y restricciones aún contra su voluntad.

No se encuentra razón fundada en la evolución jurídica de Argentina para que en las convivencias se prevean derechos sólo para aquellas de aparente matrimonio, dejando de lado las muchas existentes en el país que se producen entre hermanos, amigos o convivientes que sólo lo hacen por necesidad de asistencia recíproca. No existe argumento en la estructura jurídica que habilite esa discriminación basada en la motivación de la convivencia que es un aspecto reservado a la consciencia de las personas por imperio constitucional. Por qué proteger sólo a quienes invoquen un interés sexual desatendiendo a quienes lo hagan por necesidad de asistencia o cualquier otra que sea lícita y conveniente para la sociedad. A este respecto acompaño un proyecto de ley de mi autoría.

Lo dicho no significa un reproche a lo proyectado en su conjunto respecto del Derecho de Familia. La posibilidad de que los cónyuges realicen convenciones prenupciales se ajusta a esa evolución producida en la Argentina. La normativa prevista para el deber alimentario implica también un reconocimiento de una necesidad social hoy insatisfecha.

Gestación por sustitución.

En el Capítulo 2 del Título V del proyecto de reforma, que trata sobre las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 562 establece la "Gestación por sustitución".

Consideración.

Ello implica la gestación en vientre ajeno. Los reproches que ha habido en contra de la regulación del comienzo de la protección de la vida humana o de la gestación del vientre ajeno, se deben a que **crearan una clase de mujeres gestantes, que seguramente accedan a ello como consecuencia de su precariedad económica o cultural, circunstancia que las llevará a una nueva forma de esclavitud o sometimiento**, toda vez que las madres o padres que no serán los gestantes, ante el temor de que ellas salgan del país portando hijos ajenos puedan inscribirlos como propios en otro territorio nacional, intentarán impedirlo mediante acciones judiciales de cautela.

La institución de la maternidad subrogada o alquiler de vientres ("gestación por sustitución") **no es muy distinta de las "paridoras" y al comercio de niños, flagelo que la doctrina y la legislación nacional siempre han tratado de combatir.**

Casi no hay autor de la doctrina nacional que acompañe la regulación de esta institución, ya **que viola el derecho internacional de los tratados, especialmente la Convención contra todas las formas de**

discriminación contra la mujer, ya que permite alquilar partes de su cuerpo como si se trataran de cosas (en contradicción con el Art. 17 del proyecto que lo prohíbe), ya por intermediarios, ya directamente una vez que el Juez haya homologado el proceso. El vientre de las mujeres tendrá un precio, lo cuál es abyecto y degradante.

Esta circunstancia podría llevar a impedir su tránsito, o sea, a privarlas de derechos garantizados constitucionalmente. También resulta difícil prever la actitud de quien conozca que la mujer que gesta su hijo tiene relaciones sexuales con alguien que padece una enfermedad que puede ser transmitida por ese medio, lo que llevará a intentar el cercenamiento de libertad de la gestante. **Sin lugar a dudas, ello contraría la evolución jurídica, social y biológica de la República Argentina que, en modo más enérgico, desde 1985 ha dado claras pruebas de una tendencia hacia la igualación de posibilidades,** verificándose como su hito trascendente la sanción de la ley 23.264, que eliminó las diferencias en el trato legislativo de los familiares matrimoniales y extramatrimoniales.

Diferentes derechos de los hijos al estado de familia, según el modo en que sean concebidos.

Según el modo en que sean concebidos, los niños tendrán más o menos derechos a establecer su identidad y su estado de familia.

En la filiación por técnicas de fecundación asistida, el proyecto privilegia el derecho al progreso científico y de los adultos a tener un hijo, al derecho del niño a su propia identidad y filiación. A petición de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida y a través de un proceso judicial se puede revelar la identidad del donante, pero nunca (está prohibido) el niño podrá establecer su filiación respecto del donante, aún si éste último está dispuesto a reconocerlo.

Consideración.

El proyecto crea categorías de hijos, según el modo en que fueron concebidos. El estado de familia depende de lo que la ley establece para cada tipo de filiación o de lo que el Juez decida en materia de adopción. **Que el estado de familia de un niño vulnerable dependa de la decisión de un adulto (voluntad procreativa) o de un juez, contradice la protección de los derechos humanos fundamentales del niño a la identidad y a la vida familiar.**

Esto implica que el donante de material biológico es anónimo, ya que se le requiere la alegación y prueba de razones debidamente fundadas. El conocimiento de la identidad es un derecho inalienable de las personas por imperio de normas de jerarquía superior, toda vez que está reconocido por tratados internacionales a los cuales nuestra Constitución les otorgó esa preeminencia. Es de presumir que ello provocará una enorme cantidad de conflictos a resolverse ante el poder judicial. Es decir que se trata de una norma tendiente a ampliar las causas de litigio.

Mejora a favor de heredero con discapacidad.

El art. 2448 prevé la creación de una mejora estricta del derecho sucesorio a favor del discapacitado.

Consideración.

a norma propuesta implica un reconocimiento a la doctrina nacional que ha impulsado la idea de atender la situación de quienes están en condiciones de inferioridad tendiendo a igualar así posibilidades respecto de aquellos que no padecen tales disminuciones. Es un claro ejemplo de la evolución solidaria en el derecho argentino.

Adopción.

La adopción se burocratiza, requiriéndose cuando menos tres procesos para arribar a la misma. La adopción plena, preferida en todo el mundo porque equipara al estado de hijo brindando una familia al niño en situación de exposición, podría postergarse entre cuatro y seis años, debido a la cantidad de medidas administrativas y nuevos juicios incorporados por el texto proyectado.

Por otra parte, los niños pueden acceder sin acompañamiento obligatorio a su propio legajo a edades muy tempranas, a diferencia de lo que se resuelve al respecto en el derecho comparado.

Consideración.

El intento de eliminar largos requisitos temporales en la adopción responde a una motivación positiva, aunque no resulta que ello se satisfaga según las normas propuestas toda vez que se mantienen múltiples tramitaciones para controlar que no se produzcan infracciones. En estos procesos es conveniente optar por un sistema de menor control pero basado en la severa sanción de los infractores. Con ello se lograría acortar las esperas de los menores. Cabe considerar que también es necesaria la creación de instituciones o relaciones jurídicas paralelas a la adopción que atiendan la situación de personas que por haber ya formado un vínculo paterno filial satisfactorio no quieren suplantar la imagen de su padre o madre por la de otros, tal el caso de personas de 8, 10 ó 14 años que por enfermedad o accidente pierden a sus padres y, si bien aceptarían ser protegidos, formados y queridos, no lo quieren en esa relación paterno filial que provee la adopción y que de imponérseles causarían su rebeldía y consecuentes perjuicios. Se debe atender que también hay personas mayores dispuestas a proteger y formar a menores pero no en relaciones paterno filiales, en algunos casos por la existencia de hijos biológicos o cualquier otro motivo que haga decidir a favor de otra relación más conveniente.