

**Voces:** DERECHO DE FAMILIA ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ MATRIMONIO ~ DIVORCIO VINCULAR ~ CONCUBINATO ~ SOCIEDAD CONYUGAL ~ CONYUGE ~ DERECHOS DEL CONYUGE ~ OBLIGACIONES DEL CONYUGE ~ PATRIA POTESTAD ~ FILIACION ~ FECUNDACION ASISTIDA

**Título:** Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar

**Autor:** Herrera, Marisa

**Publicado en:** Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 39

**Cita Online:** AR/DOC/3846/2014

**Sumario:** 1. Introducción. — 2. Algo sobre la estructura o metodología y una consideración general. — 3. Primera parte: las relaciones entre adultos. — 4. Segunda parte: las relaciones entre padres e hijos. — 5. De la "patria potestad" a la "responsabilidad parental". — 6. A modo de cierre.

(\*)

**"Odio a los indiferentes. Creo que vivir quiere decir tomar partido. La indiferencia es el peso muerto de la historia".**

**Gramsci**

### 1. Introducción

Cuando algunos —varios, muchos— creían que el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial presentado al Congreso de la Nación en el 2012 y que contaba con la sanción de una de sus cámaras —Senadores— en fecha 28/11/2013, pasaba a engrosar el cajón de los recuerdos de intentos reformistas frustrados; el 01/10/2014 la cámara restante —Diputados— obtiene los votos necesarios para convertirla en ley. Así, a partir del 01/01/2016 contaremos con un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, un nuevo texto legal que rija la vida cotidiana de las personas y entre tantas cotidianidades, están las relaciones de familia que tanto debate —y no menos resistencias académicas más no sociales— ha generado. ¿A qué se debió este sano —y a veces no tanto— intercambio de posturas, ideas o ideología en torno al respeto o desobediencia a la obligada perspectiva constitucional— convencional y su impacto en el derecho de las familias? ¿Por qué será que la evidente fricción entre "lo nuevo" y "lo viejo" en términos de paradigmas se ha puesto de resalto de manera evidente en este campo del derecho? Sucede que sobre la familia se han defendido las posturas más conservadoras, rígidas y discriminatorias que se hayan escuchado en el derecho privado; y a la par, estigmatizando, escondiendo y silenciando se han pretendido oprimir diferentes formas de libertad familiar, es decir, la posibilidad de que cada persona elija como quiere o puede vivir, siendo ésta una opción totalmente válida y aceptada por el art. 19 de la Constitución Nacional. En este contexto, fácil se observa cómo se han conculcado derechos humanos de las personas en nombre de una supuesta "paz familiar", la cual era salvaguardada a costa del insostenible patriarcado avalándose la sumisión de la mujer al hombre en pos de proteger a una persona débil y reafirmar así su rol de cuidadora natural y ama de casa; de hijos sujetos a la potestad de adultos por el solo hecho de ser "menores" —¿a los adultos?—; de presumir "desvíos" en la orientación sexual "normal" —la heterosexual— tras algún conflicto de impotencia o algún caso de divorcio por injurias graves; de filiaciones y matrimonios hipócritas; de reconocimientos complacientes por el bien del hijo de una mujer soltera; de hijos nacidos de reproducción asistida que eran tenidos por biológicos engrosando los supuestos fácticos familiares en los cuales "de eso no se habla"; y tantas otras conculcaciones que se han sostenido en post de salvar la familia y evitar que ella quede subsumida en un contexto general de crisis, no como sinónimo de cambio sino de caos o desorden recordando a Roudinesco (1).

En este marco, avalado e incentivado por principios religiosos de los cuales emergían la gran mayoría de los elementos sobre los cuales se estructuraba una noción tan presente en el derecho civil y con mayor presencia, en el derecho de familia como lo es la "moral"; pasar del singular al plural, de la familia a las familias, constituyó un quiebre ineludible en la regulación de las relaciones de familia. En otras palabras, no se trató de un simple agregado de una letra, la "s", al final de la palabra; implicó una revolución jurídica en el plano infraconstitucional, el ir avanzando en el reconocimiento de derechos a las personas para que éstas se puedan

desarrollar en diferentes formas de organización familiar tomándose a modo de pilares o base estructural dos principios constitucionales-convencionales elementales: 1) igualdad y no discriminación y 2) libertad y autonomía.

Precisamente, estos dos principios son los que están presentes —con mayor o menor fuerza— en una gran cantidad de leyes que han dado lugar a una nueva institucionalidad legal a tal punto de dejar en off side o mal parado al Código Civil aún vigente, al menos hasta dentro de un tiempo. Por citar algunas en orden ascendente, a modo de ejemplo: la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de NNA (2005); la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (2009); la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales de protección integral de las mujeres (2009); la ley 26.618 de "Matrimonio igualitario" (2010); la ley 26.657 de "salud mental"; la ley 26.742 de "muerte digna" (2012); la ley 26.743 de Identidad de género (2012) y la ley 26.862 de cobertura médica de TRHA (2013) (2).

Así, hace tiempo que la obligada perspectiva de Derechos Humanos se ha derramado hacia el plano legal, y esta fuerza expansiva no se detiene. El Código Civil y Comercial de la Nación es el ejemplo más concreto y elocuente de esta realidad jurídico-social. ¿Y en que ámbito se lo detecta con mayor facilidad? En el campo de las relaciones de familia y sus aledaños o campos con los cuales se vincula de manera directa como lo es el derecho de niños, niñas y adolescentes y la bioética. Ya explicitar esta inexorable interacción temática es consecuencia de la admitida interrelación, interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos (3).

Si bien era acertado lo que dijo el recordado constitucionalista Bidart Campos acerca de que "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico" (4), lo cierto es que si la propia ley recepta y está en total consonancia con los principios que sostienen la doctrina internacional de los Derechos Humanos, la interpretación y aplicación de la ley se vuelve más sencilla y en definitiva, previsible y operativa, con la consecuente seguridad jurídica que se deriva de todas estas virtudes, todo en beneficio de los principales destinatarios de las normas: las personas.

Esta finalidad de colocar al derecho de familia a tono con los cambios legales —nacionales, constitucionales y convencionales— que han signado este campo del derecho en los últimos años queda bien explicitada en los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al nuevo texto civil y comercial cuando se dice: "En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender" (5).

Con sólo citar el resonado precedente de la Corte Federal "Mazzeo" del 13/07/2007 (6) en el que se enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)", y que ello importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20), fácil se concluye que los avances operados en la jurisprudencia del máximo tribunal regional de Derechos Humanos tienen un impacto directo en la legislación infraconstitucional-convencional y por lo tanto, que un nuevo Código Civil y Comercial no podía quedar afuera de todos los debates, aportes y conclusiones allí arribados.

La etapa de involucramiento de la Corte IDH en temas de familia, infancia y adolescencia se habría inaugurado con el resonado caso "Atala Riffo contra Chile" del 24/02/2012 (7) en el que se asevera que la orientación sexual constituye una "categoría sospechosa" y por lo cual, está dentro de la idea de discriminación

que sanciona el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, agregándose que no es posible esconder bajo "al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad" (párrafo 121). Meses más tarde, el conocido caso "Fornerón y otro contra Argentina" del 27/04/2012 (8) en el que se reitera lo afirmado ya en Atala Ríffo que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma", agregándose en este caso en el que nuestro país es encontrado responsable internacionalmente de violar derechos protegidos por la Convención Americana que "no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas", más allá de este fundamento general que reafirma la flexibilidad o amplitud del concepto de familia que protege la Convención Americana en su art. 17, lo cierto es que este es el primer caso que llega a esta instancia en materia de adopción y que, justamente, luego para evitar los daños acaecidos en este campo temático, la Corte IDH hace lugar a las medidas provisionales solicitadas en el caso "L. M contra Paraguay" en fecha 01/07/2011 (9). Por esta misma razón, no se comparten afirmaciones como las que esgrime Basset al decir: "Humildemente consideramos que hubiera sido más simple dejar el matrimonio para los pocos osados que se atrevieran a ingresar a esa institución (con fidelidad, cohabitación, perdurabilidad, etc.), y abrir el abanico de opciones para los que quieren pactar o ingresar a otras modalidades más "light" de relación. Seguimos pensando que el derecho debería ofrecer más derechos y no restringir los existentes"(10). El nuevo código Civil y Comercial, por imperativo constitucional-convencional y tal como lo marca el máximo tribunal regional en Derechos Humanos, debe abrir la mayor cantidad de posibilidades para todas las personas —¿osados?— que quieren vivir en organizaciones familiares, con más o menos efectos jurídicos. Por lo tanto, contraría la manda de regular una pluralidad de modelos familiares considerar que la legislación debería optar por una forma familiar, más allá de que se la tilde de manera personas de "osada" o "light".

Después, en fecha 31/08/2012, el caso "Furlán y otros contra Argentina"(11) en el que se avanza en la protección especial que prevé el art. 19 de la Convención Americana cuando se trata de niños, niñas y adolescentes; en fecha 28/11/2012 el caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica"(12) en la cual se concluye que el embrión in vitro no es persona en los términos del art. 4.1 del instrumento internacional que está en juego ante la Corte IDH; y en fecha 29/05/2013, el caso "B" o "Beatriz" contra El Salvador sobre aborto no punible en casos de anencefalia y en el que la mirada de género no pasa desapercibida (13). Todo este corpus iuris jurisdiccional-regional no podía estar ausente al elaborarse un nuevo, integral y sistémico Código Civil y Comercial que signifique un "dar de nuevo" en las relaciones entre particulares sin perderse de vista que ello pone en juego derechos humanos y por eso, la "constitucionalización del derecho privado" constituye uno de valores axiológicos (14) que lo auspician y condiciona a la vez.

No obstante este nuevo paradigma obligado, siguen esbozándose frases críticas como las que expone Berbere Delgado cuando al referirse a la regulación que propone el nuevo Código Civil y Comercial en el campo de la filiación expresa: "Entendemos que el hijo necesita de un modelo masculino (función paterna) y uno femenino (función materna) advirtiendo sobre la posible ausencia de esas funciones, significando esto que no cualquiera ni de cualquier forma puede ejercer esas funciones, ello para un desarrollo en plenitud de sus capacidades psicosociales, también se advierte sobre la posible multiplicación de maternidades y paternidades y sobre sus consecuencias en la creación de hijos frágiles y desorientados"(15). En esta misma línea y al referirse a la ley 26.862 de cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida, este mismo autor propone "Desde esa mirada vemos como razonable que el Estado certifique que quienes críen al niño sean idóneos para cumplir con dicha función, parecería indispensable evaluar si los requirentes tienen condiciones psicológicas de relación que les permitan criar a un niño, fundamentalmente sería tarea la de apartar la presencia de patologías mentales graves, entre otras circunstancias disvaliosas, esta motivación también tiene sustento en la realidad que nos

circunda al observar frecuentemente a niños desamparados y desprotegidos, librados a su suerte sin la presencia de una madre o un padre que pueda brindarles la contención, protección y cuidado que hacen a ese interés superior tantas veces pregonado por todos (...) La adopción es un instituto mucho más feliz que la fecundación in vitro, mientras que en la procreación asistida medicamente se instala la lógica del contrato y de la creación de un niño a la carta, en la adopción el deseo de los padres da al mismo tiempo una respuesta de amor a un niño abandonado que ya existe" (16). U otro autor quien en plena vigencia de la ley 26.618 sigue pregonando que "De la relación heterosexual (hombre y mujer) surge la prole, el matrimonio se hizo para normar la existencia de esas personas y garantizar su subsistencia en el tiempo. Y como la sociedad debe su supervivencia a la familia fundada sobre el matrimonio, es necesaria que la unión estable de un hombre y una mujer con el fin de la procreación, sea tutelada por las leyes. Si no se reconoce y se protege esta institución matrimonial, la sociedad misma se pone en riesgo. Cosa que no pasará con la unión homosexual"(17). Fácil se advierte que todas estas aseveraciones a modo de "máximas" —como tantas otras del mismo tenor— contrarían principios básicos de Derechos Humanos como lo es el de igualdad y no discriminación y de allí que estas voces contrarias a cómo se regula el derecho filial carecen de sustento jurídico constitucional-convencional. O en otras palabras, caen por su propio peso por ser anti o contra constitucional-convencional; que se responde fácilmente apelando a lo dicho por la Corte IDH en el citado caso Atala Riffo contra Chile del 24/02/2012 en el que se recuerda un precedente de la Corte Suprema de Justicia de México del 16/08/2010, en el que se sostuvo: "No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia". Como bien se señala, en el fondo —y no tan profundo— aseveraciones como las sintetizadas encierran prejuicios e intolerancia.

En un contexto signado por el dinamismo y el movimiento jurídico como social, es claro que el Código Civil debía ser modificado (18), esta decisión política era ampliamente avalada, incluso por sectores que han sido férreos opositores a la reforma pero que escondían sus críticas de fondo bajo el manto de fundamentos de índole procedimentales. Como ejemplo, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires puso de manifiesto "su profunda preocupación y disconformidad con motivo del procedimiento innecesariamente apresurado impuesto por el Poder Ejecutivo para elaborar su Proyecto de Código Civil y Comercial, y el requerimiento para que, a la brevedad, se concrete la aprobación por el Congreso nacional", más allá o "Sin perjuicio de admitir que la intención de unificar los Códigos es una oportunidad propicia para la adecuación de algunos de sus textos, la trascendencia de esta tarea debe ser producto de una labor no sólo meditada y profunda, sino que también responda a verdaderos y legítimos requerimientos del dinamismo social adecuados a la idiosincrasia, a las necesidades y al modo de vida del conjunto de la sociedad, resguardando la libertad que debe imperar en ella"(19).

¿Cuáles son los principales cambios —incorporaciones o modificaciones? ¿Son verdaderamente revolucionarios, innovadores o vanguardistas al compulsarlos con la realidad social? ¿O son revolucionarios, innovadores o vanguardistas al contrarrestarlos con las legislaciones civiles existentes en la región y en los ordenamientos jurídicos que se suelen confrontar para llevar adelante estudios comparados?

En este ensayo se pretende destacar algunas de las tantas modificaciones que introduce el Código Civil y Comercial en las relaciones de familia, ya sean porque el cambio es radical, porque constituye una incorporación o porque se intenta, de paso, aclarar algunas confusiones —conscientes o inconscientes— en las que se han incurrido, siendo esta una buena oportunidad para ubicarlas en su justo lugar o al menos, expresar cuál era la finalidad de quienes lo elaboraron (20).

## 2. Algo sobre la estructura o metodología y una consideración general

Se sabe que los cambios son varios, sólo en materia de régimen de bienes se sigue, en gran parte, el proyecto de reforma de 1998, en el resto del articulado que observa el Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de Familia", no se ha tomado como base ningún proyecto o una legislación extranjera en particular; sí algunas experiencias de proyectos de ley que por diversas razones no llegaron a ser sancionadas como el proyecto de familias ensambladas o el de uniones de hecho; proyectos elaborados por equipos integrados por reconocidos especialistas convocados por el Poder Ejecutivo como aconteció en materia de adopción; la reforma del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia aprobado por ley 25/2010, de 29 de julio en lo relativo a la noción de coparentalidad e instituciones afines como lo es el plan de parentalidad; legislación y debates que se han dado en diferentes países como España, Francia y Chile en lo que respecta a la figura de la compensación económica, por citar algunas fuentes que han inspirado el texto sancionado en el Libro en análisis.

Cómo se organiza o cuál es la estructura que se adopta en el presente ensayo para obtener un panorama general sobre los principales cambios y tensiones que genera el nuevo Código Civil y Comercial. En una primera parte, se focalizará en las relaciones entre adultos (más allá de su innegable repercusión de varias de estas figuras en las personas menores de edad, en especial, en los hijos) y en una segunda parte, en lo que respecta a los hijos se subdivide en dos grandes áreas: el derecho filial con sus tres fuentes y los derechos y deberes entre padres e hijos, es decir, la responsabilidad parental centrándose, a su vez, en dos aspectos: la mencionada coparentalidad y algunas particularidades en materia alimentaria y la incorporación de la familia ensamblada. Por su parte, la sección referida a la relación entre adultos se divide en divorcio, uniones convivenciales y régimen de bienes.

Este es el camino que se traza; allí vamos, pero antes cabe hacer una consideración general básica pero esencial, para comprender la lógica y coherencia que está detrás de la regulación del derecho de las familias, infancia y adolescencia en el nuevo Código Civil y Comercial: el uso del lenguaje.

Como bien lo ha dicho en más de una oportunidad la Lic. Eva Giberti: "el lenguaje no es neutro", como las leyes en las cuales se enmarcan las palabras tampoco lo son. En este contexto, el nuevo texto introduce una gran cantidad de **modificaciones terminológicas** que van acompañados de los innegables cambios en su contenido. Una vez más, fondo y forma van de la mano, es que **la repercusión simbólica en la denominación de varias figuras implican, de por sí, una reformulación radical de su sustancia**. Así como en su momento se criticó —y con acierto— hablar de hijos legítimos e ilegítimos, de bastardos y dementes, esto mismo acontece de manera más contemporánea con otros conceptos. De este modo, se cambia el término "menores" por el de "niños, niñas y adolescentes" o "personas menores de edad" de manera indistinta; el de "concubinato" por "uniones convivenciales"; "patria potestad" por "responsabilidad parental" o se unifica el criterio en la utilización de la voz "cónyuges" en vez de esposo y esposa como lo pregona la ley 26.618.

### **3. Primera parte: las relaciones entre adultos**

#### **3.1. Divorcio incausado (21)**

##### **A) Consideraciones generales**

En materia de divorcio se introducen modificaciones sustanciales al pasarse de un régimen causado a uno incausado o sin expresión de causa como algún autor sostiene que sería más preciso denominarlo (22). Es decir, se prescinde de cualquier manifestación acerca de las razones —sean de índole objetivas como ser el paso del tiempo de la celebración del matrimonio o estar separados de hecho; o subjetivas, fundadas en la violación a uno o varios derechos deberes derivados del matrimonio— para que uno de los cónyuges o ambos soliciten, y la justicia decrete el divorcio.

¿Cuál es el fundamento de esta línea legislativa? Ello está perfectamente explicitado en los "Fundamentos" del Anteproyecto que dio lugar al nuevo texto civil y comercial y que constituye una importante herramienta de interpretación para desentrañar el verdadero espíritu del cambio que se analiza. En este sentido, se afirma: "Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende

contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio".

Tener en cuenta las críticas que se han esgrimido en torno al régimen del divorcio que propone el nuevo Código Civil y Comercial es hábil para reafirmar el buen camino legislativo que se ha adoptado. En este sentido, cabe traer a colación la crítica expuesta por Sambrizzi al sostener: "No advertimos cómo se puede pretender proteger en forma integral a la familia matrimonial —como se afirma en los Fundamentos del anteproyecto—, estableciendo una forma increíblemente veloz para lograr el divorcio, cuando parece claro que cuando se presentan dificultades en el matrimonio —lo que suele ocurrir, en mayor o menor medida en la mayor parte de los matrimonios—, los cónyuges tienen que concederse un tiempo suficiente de reflexión, en lugar de a la primera dificultad facilitárseles que deshagan cuanto antes lo que posiblemente hayan logrado construir entre ambos con mucho esfuerzo. Si pensamos que la base de la sociedad es la familia y, que a su vez, la forma más perfecta de constituir una familia es el matrimonio, es fácil concluir que a mayor perdurabilidad del matrimonio, mayor estabilidad familiar y mejor organización social. En consecuencia, es la sociedad la primera interesada y la más inmediata beneficiaria de la perpetuidad del matrimonio" (23). Sin lugar a dudas, este tipo de críticas enaltece la línea legislativa que sigue el nuevo texto civil y comercial.

Específicamente, una consecuencia ineludible de la derogación del sistema causado subjetivo o culpable es otra "modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas" (conf. Fundamentos del Anteproyecto).

Como en el presente ensayo se pretende acercar reinterpretaciones o aclarar cuestiones que han sido criticadas por la doctrina y no profundizar sobre todos y cada uno de los aspectos que propone el nuevo texto civil y comercial cuando se ocupa de regular las instituciones familiares, lo cierto es que una aclaración mínima y particular merece la reincorporación del deber de convivencia como deber jurídico en el art. 431 según el texto sancionado en la Cámara de Senadores que es el que finalmente se aprobó; el lugar (o no lugar) que ocupa en el régimen que viene el deber moral de fidelidad y relacionado con ambas temáticas, los daños y perjuicios en el divorcio.

#### B) El deber de convivencia sin contenido jurídico: un deber moral

¿Es compatible el deber jurídico de convivencia en el marco de un régimen de divorcio incausado? La respuesta negativa se impone. Veremos sintéticamente por qué.

Es evidente que si se deroga el régimen de divorcio culpable, la violación al deber de cohabitar o convivencia no debe tener lugar a sanción alguna, de allí que la cohabitación había sido quitada del elenco de derechos y deberes jurídicos enunciados en el art. 431 de la normativa proyectada, incluso, tampoco era calificado de deber moral como o conjuntamente con el de fidelidad. En el texto aprobado en Senadores se lo volvió a incorporar quedando como un deber jurídico en la denominación pero sin efectos prácticos ya que su incumplimiento no traería ninguna consecuencia, efecto o sanción jurídica.

¿Qué ventajas o perjuicios podría tener que el deber de convivencia sea entendido un deber jurídico? Más allá de conculcar principios constitucionales-convencionales como de intimidad, privacidad y libertad expresamente previstos en el art. 19 de la Constitución Nacional, puntualmente perjudica a un tipo de relaciones de pareja que se ve con mayor frecuencia en el abanico cada vez más amplio de realidades familiares. Nos referimos a las llamadas en el derecho anglosajón de parejas "LAT" (siglas en inglés: "living apart together" traducido como parejas con domesticidad común), que son aquellas parejas —matrimoniales o no— con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, parejas que viven juntos pero separadas (24).

¿Sería constitucional-convencionalmente válido que un matrimonio pueda nacer "separado de techo"? A

diferencia de lo que acontece en los supuestos que se dirimieron en la justicia alegándose separación de hecho como causal de divorcio por matrimonios que viven en el mismo hogar (elemento objetivo) pero sin la finalidad de continuar un proyecto de vida en común (elemento subjetivo); en este tipo de relaciones afectivas que muestra la realidad contemporánea, sucede totalmente lo contrario. El elemento subjetivo, el proyecto en común está latente y ausente la convivencia bajo el mismo techo.

Por lo general, son segundas o terceras uniones cuyos integrantes tienen hijos de parejas anteriores y por diversas razones eligen —autonomía de la voluntad— no compartir el mismo techo. ¿Acaso dos personas que prestan el consentimiento ante el oficial del registro civil, tienen un proyecto de vida en común y deciden vivir uno en una vivienda y el otro en el piso de arriba, a la vuelta o a algunas cuadras de distancia porque ambos tienen hijos adolescentes y no quieren unir ambas familias se puede considerar que no son un matrimonio sólo porque no cumplen con el deber de cohabitación? Según el proyecto de reforma hasta los cambios que tuvo de último momento antes de su sanción en Senadores, esta particular tipología familiar tenía su espacio en total consonancia con las nociones de pluralidad y "multiculturalidad" que campeaban el Anteproyecto.

Si bien en el art. 431 el deber de convivencia está consignado como un deber jurídico, cabe dejar expresado que su supuesto "incumplimiento" no tendrá ninguna consecuencia o efecto jurídico negativo porque ya hoy en la práctica no lo tiene.

Cabría preguntarse qué importancia tiene desde el plano jurídico en el marco de un divorcio incausado. Ninguna, ya que al no haber un divorcio culpable, si uno se va del hogar no podría ser pasible de ser decretado cónyuge culpable. Qué otro efecto podría tener. Y es aquí en el que hay que pregonar por una mirada sistémica de todo el régimen civil proyectado, ya que de lo contrario, una vez más el fantasma de los daños y perjuicios — que se pretendió excluir del proyecto de reforma y que ya hoy en día está en franca retirada— podría volver a instalarse.

¿Cuál habría sido la razón de esta reincorporación? Una respuesta posible podría ser el fundamentalismo conservador y tradicional ya mencionado que se resiste a que el derecho de familia caiga bajo las redes de la obligada perspectiva constitucional— convencional y por ende, humana. La otra, ceder ante el engañoso slogan de que la convivencia no puede ser un elemento sine qua non en las uniones convivenciales y estar ausente en el matrimonio. Esta afirmación es más efectista que real.

Veamos. Cabe recordar que no se incurre en un tratamiento discriminatorio cuando se regula distinto lo que es de por sí, diferente. El matrimonio es un acto formal; por el contrario, la unión convivencial es eminentemente informal. ¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente "fuerte" para que el Derecho no le pueda dar la espalda y debe reconocer ciertos o determinados efectos legales? Para el reconocimiento como tales, deben contar con determinados requisitos, entre los cuales se encuentra la convivencia (singular, pública, notoria, estable y permanente tal como surge del art. 509 proyectado) sostenida durante un lapso mínimo de tiempo (2 años, según lo dispuesto en el art. 510) para evitar la judicialización acerca de cuánto tiempo debe transcurrir para que una persona pueda gozar de los derechos que el proyecto le otorga a las pareja que conforman una unión convivencial. En el matrimonio, dada la formalidad que lo rodea, no es necesario tener que cumplir todos estos requisitos para ser considerado tal, es en ese contexto, que la convivencia no se lo observa un elemento central para la existencia de un matrimonio.

Con la redacción del art. 431 es claro que empeora considerablemente el régimen matrimonial más que el actual. Sucede que en el actual al menos, el art. 199 prevé algunos supuestos de excepción al deber de cohabitación, como ser cuestiones de trabajo, estudio u otras razones que habilitan el cese de la cohabitación de manera transitoria que no afectan el verdadero sentido y finalidad del matrimonio: el proyecto de vida en común. En el texto que ha quedado en el proyecto no se establece ninguna excepción al deber de convivir, por lo cual, esto obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito. ¿Acaso un nuevo Código Civil no debería tener entre sus principales finalidades evitar la mayor cantidad de debates interpretativos, ser un instrumento legal lo más claro y preciso posible?

¿Qué sucedería si un cónyuge se va a cursar un doctorado al exterior y en el interín, su pareja fallece? ¿Se trataría de un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia? Es claro que la

intención del matrimonio era seguir adelante con su proyecto de vida marital, por lo cual, es esperable que el juez que intervenga en el proceso sucesorio tenga la habilidad de hacer llevar adelante un análisis integral de la normativa proyectada y a la vez, tenga en cuenta que este cambio que ha sufrido el art. 431 responde más a presiones irrazonables que a una modificación a tono o coherente con el todo el régimen proyectado y por lo tanto, la verdadera naturaleza del deber de convivencia es, al igual que la fidelidad, un deber moral quedando fuera también de la "autoridad de los magistrados" como lo dispone el art. 19 de la Constitución Nacional. Esta es la interpretación correcta del deber de convivencia.

#### C) El no lugar del deber moral de fidelidad y de los daños y perjuicios

El otro punto que merece ser reiterado y así aclarado para evitar cualquier tipo de duda, se refiere al deber moral de fidelidad. Si bien este ha estado presente desde los inicios, es decir, desde la redacción del Anteproyecto, lo cierto es que merece dedicarle un espacio especial para ahuyentar cualquier fantasma (25) de pretender reavivar la culpa en el divorcio a través de acciones de daños y perjuicios. En otras palabras, de ingresar la noción de culpa por la ventana cuando el régimen que se pone en vigencia el primer día del 2016 le cerró, claramente, la puerta.

¿Por qué en los Fundamentos del Anteproyecto se le dedica especial atención a justificar la razón por la cual el deber de fidelidad queda expresamente entendido como un deber moral? Este interrogante se relaciona íntimamente con el siguiente otro: ¿por qué será que siempre las cuestiones relacionadas con lo "sexual" han incomodado tanto al Derecho? Tanto la doctrina como la jurisprudencia han colocado sobre el deber de fidelidad una carga que no estaba presente en el resto de los derechos y deberes matrimoniales; como si fuere una especie de "super deber" que le interesa al derecho perseguir y castigar con especial ahínco. Esto demuestra las dificultades por separar Estado— Iglesia/ Derecho— Religión, siendo que la fidelidad siempre ha estado vinculada a la "moral cristiana". En el nuevo texto legal, al menos se avanza bastante en el tema al establecer que la fidelidad constituye un deber moral y no jurídico; y por lo tanto, que su supuesto "incumplimiento" no genera ningún efecto en el plano civil quedando y así engrosando, el listado de cuestiones que quedan en la esfera de reserva que establece el art. 19 de la Constitución Nacional. En total consonancia con ello, se deja en claro que cualquier conducta de los cónyuges referida a la fidelidad-infidelidad por parte de uno o de ambos, no puede traer aparejada ninguna sanción civil; básicamente, ni ser causal de divorcio por adulterio o en su defecto, injurias graves, y las consecuencias negativas que se derivan para el cónyuge culpable; ni la posibilidad de peticionar la reparación de los daños y perjuicios al no estarse más ante un hecho ilícito, antijurídico.

En este marco, fácil se advierte que ni la separación de hecho ni la infidelidad serían conductas reprochables según el ordenamiento jurídico que se avizora y por lo tanto, la imposibilidad jurídica de reclamar supuestos daños y perjuicios por este tipo de actitudes.

Al respecto, y apelándose una vez más a los Fundamentos del Anteproyecto como fuente autorizada de interpretación, se señala que "Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños". Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de alguno o varios derechos— deberes jurídicos del matrimonio los que al configurar un hecho ilícito generan el deber de reparar. Por ende, y a contrario sensu, si la fidelidad no es un derecho deber jurídico sino moral, mal puede configurar un hecho ilícito por no ser antijurídico, no dándose así los presupuestos de la responsabilidad civil.

#### D) Consideraciones finales

El Código Civil y Comercial al regular un único sistema incausado admite que el vínculo matrimonial — como todas las relaciones humanas— es un complejo devenir, un ida y vuelta, en el que nunca se podrá saber quién es el verdadero —si es que existe una verdad— "culpable" de la desavenencia matrimonial. Se trata de no dar —ni malgastar— un espacio como la justicia para que los cónyuges revisen el pasado, sino para que sólo miren, planifiquen y piensen hacia el futuro.

De esta manera, el régimen de divorcio incausado no sólo viene a pacificar las relaciones de pareja

matrimonial post— divorcio, sino que a modo de herramienta preventiva, viene a evitar los diferentes conflictos que se pueden desatar entre ellos y que tengan repercusión directa y negativa en la relación con los hijos.

Es dable señalar que el sistema de divorcio incausado no sólo ha sido apoyado por varias voces doctrinarias (26), sino también que ha sido citado como fundamento válido en contiendas judiciales. A modo de ejemplo, en un precedente de la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 04/05/2012, en el cual se pretende comparar el régimen aún vigente con el proyectado se dice: "Encontramos que la solución brindada es coherente con el derecho vigente, y la estructura del actual código permite este tipo de situaciones. Estos procesos contradictorios producen que los conflictos familiares (muchas veces situaciones morbosas, desagradables e inmorales) vean la luz en las hojas de los expedientes de manera innecesaria, instaurando una guerra que no deja vencedores, sino solamente vencidos. La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas. Simplemente con la lectura del caso comentado, nos hemos enterado de la intimidad no solo de dos personas, sino de varias y de las conductas morbosas que han protagonizado. En definitiva, nos debemos preguntar, si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan solo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos (que en este caso, como en otros, son varios)"(27). O más elocuente aún, un precedente más reciente del 07/08/2014 de la H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (28) que por mayoría se rechazó el planteo de inconstitucionalidad del proceso de doble audiencia previsto en el art. 236 más allá de "no desconocer la conveniencia de una modificación de la legislación a los fines de la simplificación de los procesos de divorcio, no pueden los litigantes disponer de una norma procesal contenida en el código de fondo, considerada de orden público, máxime cuando las mismas partes se han sometido voluntariamente al régimen de divorcio por presentación conjunta" (del voto de los Dres. Abreut de Begher y Kiper); y en cambio, la minoría en cabeza de Picasso entendía que correspondía hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 236 del Código Civil "en cuanto establece un sistema de doble audiencia, la primera a fin de indagar las causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, intentar reconciliar a las partes y valorar la existencia de dichas causas y la segunda como plazo de reflexión, pues, en el entendimiento de que el mencionado artículo resulta inconstitucional por vulnerar la libertad de intimidad del matrimonio reconocida en el art. 19 de la CN".

Misma línea argumental crítica se reafirma en la gran cantidad de precedentes judiciales post— reforma en lo relativo al plazo trienal que prevé el Código Civil en los arts. 214 inciso 2do y 215, que se han expedido a favor de la inconstitucionalidad de ambas normativas fundado, entre otras consideraciones, en el sistema de divorcio incausado que se avecina y las razones que sustentan esta modificación legislativa. Así, el Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, en un precedente del 31/07/2013 declaró la inconstitucionalidad del art. 215 del Código Civil exponiendo: "Consecuentemente con dicho análisis, resulta interesante resaltar que en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha favorecido la intimidad y la vida privada de los esposos por sobre el orden público. Se ha optado, como es también tendencia mundial, por la eliminación de las causales objetivas y subjetivas, creando un divorcio incausado, y eliminando la totalidad de los plazos, en pos de que la ley aliente a la superación de los conflictos dado una respuesta integral a la crisis matrimonial" (29). ¿Acaso la espera de 3 años para poder solicitar el divorcio no atenta contra el mencionado principio de intimidad, privacidad y libertad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional?

De este modo, el Código Civil y Comercial facilita el proceso de divorcio al centrarse en las consecuencias y efectos, no en las causas, no colocándose obstáculos temporales (se deroga la necesidad de que haya un tiempo mínimo de espera) y también de legitimación, siendo que el divorcio lo pueden solicitar ambos cónyuges o uno de ellos. Así se reconoce otro dato de la realidad. El matrimonio se celebra de a dos y se sostiene también de manera conjunta, si ya uno de sus miembros no quiere estar más sosteniendo un proyecto de vida de pareja, es poco o nada lo que puede hacer la ley. Más aún, en términos preventivos, obligar a seguir casados a un matrimonio que ya no lo quiere estar podría ser caldo de cultivo para situaciones de violencia familiar.

### 3.2. Las uniones convivenciales

#### A) Sobre el término "unión convivencial"

Una aclaración previa y muy necesaria que involucra la terminología que porta esta institución, por la cual se reconoce un piso mínimo de derechos a las parejas afectivas que no formalizan su unión, es decir, que no contraen matrimonio.

Se dice, con acierto, que el término "convivencial" no existe en el diccionario de la Real Academia. Ello es cierto y constituye un neologismo, es decir, una palabra nueva que se incorpora al léxico jurídico ingresando por "la puerta grande" como lo es su expresa recepción en el Código Civil y Comercial. ¿Acaso no es posible incorporar términos que coadyuven al mejor y mayor entendimiento de una institución que además es nueva o se incorpora a la legislación civil? Es sabido que una de las grandes preocupaciones de quienes han redactado el Código Civil y Comercial consistió en que se logre una pieza legal de fácil lectura y comprensión para los usuarios. En este contexto, el término unión convivencial cumple con esta loable finalidad, siendo que porta ya en su propia denominación el rasgo o requisito fundante y fundamental como lo es la convivencia.

#### B) Por qué regular y cómo se lo regula

Desde el punto de vista constitucional— convencional, ya bastante se ha dicho (30) acerca de que la protección integral de la familia que reconoce nuestra Carta Magna en su art. 14 bis, incluye a las parejas que no se casan (31). Ya en el régimen jurídico aún vigente por un escaso lapso se prevén determinados efectos jurídicos a este tipo de organización familiar, sea por expresa recepción legislativa (conf. ámbito de aplicación en violencia familiar, trasplante de órganos, derecho a pensión, indemnización por fallecimiento del trabajador, régimen de regularización familiar, locación urbana, entre otros), o por decisión judicial (daño moral por fallecimiento del conviviente, bien de familia, protección de la vivienda familiar, adopción conjunta, etc.). Es claro que en este último supuesto, el otorgamiento de derechos queda sujeto a la discrecionalidad judicial, con las consecuencias negativas que se derivan de ello. Esta es una de las primeras finalidades del Código Civil y Comercial: brindar respuestas precisas y previsibles acerca de qué derechos emergen (y cuáles no) de las personas que llevan adelante un proyecto de vida en común pero no contraen matrimonio.

Esta finalidad se enlaza con otro principio que está presente en el nuevo texto civil y comercial: la protección al más débil. Sucede que el censo del 2010 muestra que han aumentado el total de personas que viven en pareja sin casarse, pasando de un 25% según el censo del 2001 al 38,8% en el último censo, del total de personas que viven en pareja (32). Este dato debe complementarse con otro más, la mayoría de las provincias con tasa más alta de necesidades básicas insatisfechas o índice de pobreza, muestran que ese porcentaje de parejas no casadas asciende, por ejemplo en Formosa, al 54%. En este marco, fácil se advierte que la falta de un piso mínimo de derechos a las personas que no se casan termina conculcando derechos a los más vulnerables (por lo general, las mujeres de escaso recursos) siendo que ante la ruptura de la unión estas personas se quedan totalmente desprotegidas. ¿Acaso el orden público como límite a la autonomía de la voluntad no debería fundarse en principios constitucionales— convencionales como lo es la solidaridad familiar? De este modo, **reconocer un piso mínimo de derechos a las parejas que no se casan constituye una manda supralegal en pos de la obligada protección al más débil.**

En consecuencia, el nuevo Código Civil y Comercial tiene en el marco de las uniones convivenciales, dos objetivos generales bien precisos: 1) clarificar qué derechos y deberes generan las uniones convivenciales, sin ser equiparadas al matrimonio constituyendo una forma de organización familiar con reglas propias y 2) proteger a los más débiles a través de normas previsibles que deben ser informadas para que las personas conozcan de antemano sus derechos.

Otro error muy común en el cual se ha caído para desprestigiar la regulación de las uniones convivenciales ha girado en torno a una aseveración totalmente falsa y fácilmente contrastable: las uniones convivenciales generan los mismos derechos o es igual al matrimonio. Ello no es así. Ambas figuras presentan marcadas diferencias como ser: 1) el cónyuge es heredero legítimo, o sea, la ley obliga a que un porcentaje de la herencia se le reconozca al cónyuge superviviente; el conviviente no es heredero; la única manera de que tenga derecho a heredar es mediante un testamento, destacándose que el nuevo texto civil y comercial disminuye las porciones legítimas y por lo tanto, es mayor la parte disponible para que el causante pueda con libertad, beneficiar a quien quisiera; 2) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de

bienes; las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión, de lo contrario, se rigen por los principios y figuras del derecho civil (sociedad de hecho, división de condominio, enriquecimiento sin causa, etc.); 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales (por ej., se trata de un cónyuge enfermo o en estado de necesidad o vulnerabilidad de conformidad con lo previsto en el art. 434 proyectado) el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria; este derecho tampoco existe tras el cese y consecuente ruptura de la unión convivencial, ni siquiera en forma excepcional, siendo que el deber de asistencia rige sólo durante la vigencia de la unión; 4) tampoco las uniones convivenciales generan un parentesco, con todo el cúmulo de derechos y obligaciones que se derivan de este lazo jurídico, ni 5) la opción de poder adicionarse el apellido del conviviente, por destacar algunas de las diferencias.

Ahora bien, el interrogante más complejo es otro: ¿cómo regular las uniones convivenciales, es decir, qué derechos efectivamente generan? Este es uno de los interrogantes centrales de difícil resolución ante la falta de una concepción única o al menos mayoritaria sobre el tema y además, por otra razón más fuerte: las disímiles causas por las cuales las parejas no contraen matrimonio (33). Además, si se apela al derecho comparado, fácil se va a poder concluir que no existe una línea legislativa mayoritaria, siendo muy disímiles las regulaciones que muestran los diferentes ordenamientos jurídicos de la región. Veamos, algunos países asimilan las uniones al matrimonio después de transcurridos una cierta cantidad de años (por ejemplo, Cuba o Paraguay); otros reconocen derechos principalmente de carácter patrimoniales (Perú y Colombia); otros si bien reconocen varios derechos similares al matrimonio mantienen algunas —pocas— diferencias (Brasil) o varias diferencias (Uruguay); y otros prácticamente, mantienen el silencio legislativo como acontece en Chile. Esta diversidad en la política legislativa da cuenta de la complejidad de la cuestión, no existiendo un modelo legal. Si se podría afirmar en términos constitucionales— convencionales que las dos decisiones legislativas extremas y opuestas como lo son equiparación al matrimonio u omisión legislativa, no serían opciones válidas a la luz de esta perspectiva obligada.

Entonces, ¿sobre la base de qué parámetros se regula la figura de la unión convivencial? El régimen jurídico que se propone, reconoce sólo aquellos efectos directamente relacionados con los derechos humanos, básicamente, con el principio de solidaridad familiar, harto presente en toda la regulación del Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de familia". Ello involucra a la protección de la vivienda que se logra de diferentes modos o a través de distintas previsiones: atribución de la vivienda de manera temporal al miembro de la pareja más vulnerable; la necesidad de contar con el asentimiento del conviviente no titular de un bien para que no se anoticie de la venta del hogar una vez que se ha llevado a cabo la operación; reconocimiento al conviviente supérstite del derecho de uso y goce sobre la vivienda, para que los herederos del conviviente fallecido no puedan dejarlo en la calle sin ningún tipo de respaldo mínimo. Asimismo, se establece un piso mínimo obligatorio o indisponible que responde también al principio de solidaridad familiar. De este modo, los convivientes no pueden pactar la exclusión de: 1) todos los efectos mencionados relativos a la protección de la vivienda; 2) la contribución a los gastos del hogar y 3) la responsabilidad por las deudas frente a terceros (conf. arts. 519, 520, 521 y 522, tal como lo dispone el art. 513). Por otra parte, también se le reconoce a las parejas que integran una unión convivencial apelar a la figura de la compensación económica, otra de las instituciones que incorpora el Código Civil y Comercial y que por ello, se le dedica un espacio autónomo o propio más adelante.

¿Por qué no se le reconoce el derecho de los convivientes a heredarse o un régimen patrimonial similar al del matrimonio? (34) Por la sencilla razón de que ambos derechos son de tinte patrimonial, por lo cual quedan afuera del termómetro de los derechos humanos como método válido para asignar derechos, siendo ésta una opción legislativa a tono con la obligada perspectiva constitucional— convencional.

C) ¿Unión convivencial o unión asistencial?

Otra de las críticas que se han esgrimido en contra de la regulación que observa el Título III del Libro Segundo, gira en torno al interrogante de por qué las uniones convivenciales se refieren al lazo afectivo de pareja entre dos personas estableciendo un plazo mínimo de estabilidad (dos años), y no se extiende a otro tipo de vínculo afectivo como ser el surgido entre dos hermanos, amigos, u otros familiares (35). El Código Civil y

Comercial, al igual que acontece en tantísimas legislaciones extranjeras, se centra en la noción de "pareja"; es decir, de la existencia de un proyecto de vida cuya apariencia no difiere de la matrimonial (36). Quienes bregaban por regular las llamadas "uniones asistenciales" en el fondo, se resisten a que las uniones convivenciales compartan el escenario con el matrimonio queriendo que esta última mantenga su lugar de organización familiar "estelar" en la legislación civil. Claramente, esta postura que sigue atada a una tradición auspiciada o fundada en principios canónicos, contraría las nociones de pluralidad, laicidad y horizontalidad que estructuran el Código Civil y Comercial. Por otra parte, las demás relaciones de afecto que no se fundan en una relación sexual (madre con su hijo, hermanos, amigos, etc.) pueden ser protegidas desde el ámbito jurídico apelándose a otras instituciones que el mismo ordenamiento regula como ser diferentes figuras contractuales o beneficiarse a través de disposiciones testamentarios en un contexto legal de mayor autonomía.

#### D) Sobre el plazo mínimo de convivencia

Otro de los interrogantes que se han esgrimido durante el proceso de elaboración, debate y sanción del nuevo texto civil y comercial, se refiere a la exigencia del plazo mínimo de 2 años como uno de los requisitos para la configuración de una unión convivencial (art. 510). Se sigue la postura legislativa que adoptó la primera experiencia normativa local, la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires que regula las uniones civiles y que lo fija en un lapso temporal mínimo de convivencia de 2 años. ¿A qué responde esta decisión de establecer un límite mínimo? Por aplicación del principio de seguridad jurídica y el de evitar la judicialización. Sucede que ante la duda acerca de cuándo una relación de pareja sería considerada estable, pública, notoria y permanente que amerite el reconocimiento de ciertos derechos, serían los jueces quienes deberían resolver esta importante inquietud. Es sabido las desventajas de la judicialización, máxime para las personas más vulnerables cuyo acceso a la justicia se les dificulta en razón de su situación de vulnerabilidad.

A grandes rasgos, se puede advertir que el Código Civil y Comercial presenta una regulación equilibrada. No equipara las uniones convivenciales al matrimonio; ni tampoco reafirma el cuasi— silencio legal existente en el campo civil perjudicando a la cantidad de personas —por lo general mujeres— que tras la ruptura de la unión se les reconocen tan escasos derechos asombrándose de manera tardía, los pocos derechos que se titularizan tras haber llevado adelante un proyecto de vida en común y conformado una tipología de forma familiar. Así, **el Código Civil y Comercial establece de manera precisa una cantidad de derechos expresamente estipulados a modo de "régimen primario" o un piso mínimo inderogable por parte de los integrantes de la pareja, fundado en el principio de solidaridad familiar y la seguridad jurídica.** Se trata de una regulación intermedia que pasa el obligado test constitucional— convencional.

### 3.3. Régimen de bienes

#### A) Autonomía y elección (37)

Es sabido que la autonomía de la voluntad o libertad constituye uno de los pilares sobre los cuales se edificó el Libro Segundo sobre las "Relaciones de familia" del Código Civil y Comercial de la Nación. No se trata de una libertad desmedida, sin límites ni valores; sino una libertad cuya barrera —infranqueable por cierto— reposa en las nociones de responsabilidad y solidaridad. En otras palabras, en estos dos elementos reposa la eterna búsqueda entre autonomía de la voluntad y orden público en el derecho de familia, interrogante que siempre ha desvelado a la ley, como a la doctrina y jurisprudencia, aquí como afuera.

Precisamente, es dentro de este marco de debate dentro del cual se insertan una gran cantidad de conflictos jurídicos que son resueltos en el nuevo texto al intentar responder cuál es la razón por la cual se restringe un derecho, apelándose al principio de proporcionalidad al que alude el art. 28 de la Constitución Nacional que en este ámbito sensible del derecho de familia pasa por dos nociones básicas: la responsabilidad y la solidaridad familiar.

Esta disyuntiva se presenta, como en tantísimos otros temas, en el régimen de bienes en el matrimonio. De esta manera, las parejas cuando celebran nupcias no son totalmente libres para autorregularse en materia de bienes, es decir, en acordar cuáles serán las reglas propias que van a regir la vida matrimonial en la faz económica mientras dure el proyecto matrimonial. ¿Cuál es el fundamento de ello? La responsabilidad, no sólo entre los mismos cónyuges sino con relación a terceros, engarzado con el principio de solidaridad familiar que

se deriva de este proyecto de vida en común que el derecho revaloriza y pretende proteger por fuerza de la ley. Es por ello que la idea de libertad en el régimen patrimonial matrimonial viene de la mano de la posibilidad de elegir entre dos regímenes jurídicos: el de comunidad y el de separación de bienes, receptándose como sistema legal supletorio el primero, el que siempre ha llevado la voz cantante —y única, de ahí la violación al principio de autonomía— en el derecho argentino.

Ahora bien, esta libertad que podríamos adjetivar de "relativa", también se la observa en tantísimas otras normativas que propone el proyecto de reforma del Código Civil en el Título II sobre "Régimen patrimonial del matrimonio" del Libro Segundo. Por citar algunos ejemplos, la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales (art. 446); la facultad de modificar bajo ciertas condiciones el régimen de bienes (art. 449); la facultad para otorgar mandato un cónyuge al otro (art. 460); o normativas más elocuentes como el art. 498 referido a la partición de la comunidad, priorizando "el convenio libremente acordado" por ante el principio de la división por mitades. Misma línea legislativa que se sigue para el régimen de bienes cuyo art. 508 prevé que disuelto el matrimonio, y sólo ante la falta de acuerdo, los cónyuges separados de bienes o sus herederos deben proceder a la partición de bienes de conformidad con las reglas prescriptas para la partición de las herencias.

De esta manera, el régimen jurídico argentino se suma a la gran mayoría de los países que adoptan un sistema en materia de bienes en el matrimonio que se sale del autoritarismo que se deriva de regular un único régimen legal y forzoso, quedando ahora sólo presente en la legislación cubana y algunos estados de México. ¿Acaso los argentinos tienen alguna connotación o particularidad que no podrían sumarse a ese gran cúmulo de países que regulan más de un régimen de bienes, permitiendo a los cónyuges elegir entre dos o más regímenes? La respuesta negativa se impone, máxime cuando tal elección se deriva de un principio constitucional-convencional como lo es la autonomía y libertad.

Ahora bien, algunas voces provenientes de los movimientos feministas han criticado esta posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes al considerar que ello sería violatorio a las mujeres, quienes podrían quedar en una situación de total protección si por presión o decisión no sincera eligieran el régimen por el cual "lo tuyo es tuyo, lo mío es mío".

Esta crítica es fácilmente contrarrestada por varias razones. En primer lugar, la realidad social es compleja; la inserción de la mujer en el mercado laboral ha traído consigo una necesaria y pertinente mirada revisionista acerca de los roles estereotipados de "mujer cuidadora— hombre proveedor" sobre los cuales se edificó el régimen aún vigente —y por poco tiempo más— de un régimen único y forzoso. En este contexto, no todas las mujeres son por el sólo hecho de serlo, sujetos económicamente vulnerables, a quienes se les estaría vedando la posibilidad de pactar un régimen en protección a su patrimonio. Como se dijo más arriba, hay supuestos de segundas o terceras uniones matrimoniales cuyas nupcias son contraídas por personas que ya vienen con un patrimonio personal y que prefieren en uso de su libertad, no someterse a un régimen de comunidad. ¿Por qué estas mujeres deberían ceder su libertad en la supuesta protección de otras, más débiles cuando existen otras herramientas legales como la compensación económica que podrían dar respuesta a situaciones de desventaja patrimonial?

De este modo, es dable afirmar que como regla, la posibilidad de optar entre un régimen u otro no perjudica a nadie; tampoco a las mujeres. Por el contrario, supone la posibilidad de ejercitar la propia autonomía que se verá reflejada en la elección que hagan los contrayentes, al celebrar matrimonio, o cónyuges, después de casados, si pasado como mínimo un año advierten que esa no era la elección que les conviene. Como se dijo, la ley tiene un fuerte valor pedagógico; la posibilidad de optar entre estos dos regímenes se edifica como una oportunidad clara de contribuir a de-construir los "estereotipos" fuertemente arraigados en el imaginario social de la mujer como "cuidadora de la casa y los hijos" y económicamente dependiente del hombre; imaginario que en cada vez en mayor cantidad no se condice con la realidad; basta mirar los resultados del censo de 2010 que revelan que cada vez hay más mujeres jefas de hogar.

Ahora bien, como el Código Civil y Comercial reconoce por aplicación del principio de realidad, que en diversos hogares aún se mantiene el modelo "tradicional", se prevé como solución ante la ruptura de un matrimonio —pues es aquí donde las desigualdades se hacen sentir— la incorporación de una nueva figura,

denominada compensación económica, existente con variantes en varias legislaciones del derecho comparado (España, Chile, etc.) (38).

¿En qué consiste? Precisamente, en compensar el desequilibrio patrimonial derivado del matrimonio y el divorcio. Por ejemplo, una mujer universitaria se recibe y cuando está haciendo la residencia en medicina, su marido tiene una oportunidad laboral en el exterior; por lo tanto, dejan el país y ella su carrera. Ella lo hace de manera consciente y en total acuerdo con su marido. Pasan varios años y se divorcian. El hombre al estar inserto en el mercado laboral, recibe un sueldo que le permite afrontar solo las necesidades económicas; ella, por el contrario, carece de una fuente de ingresos para cubrir sus gastos. En este contexto, ella podrá solicitar una compensación económica. Esta compensación también está al alcance de las personas que conforman una unión convivencial (conf. art. 524).

De esta manera, el Código Civil y Comercial adopta una postura equilibrada, tendiendo dar respuesta a los diferentes intereses o derechos que compromete a personas que desarrollan sus relaciones familiares en sociedades cada vez más complejas.

#### B) Un retroceso en materia de contratación entre cónyuges (39)

El régimen de libertad relativa en materia de bienes compromete otra cuestión: la contratación entre cónyuges.

En el Anteproyecto y también como proyecto hasta su aprobación en la Cámara de Senadores, la libertad de contratación entre cónyuges era la regla cualquiera sea el tipo o régimen de bienes elegido por acción u omisión por los cónyuges. Esta conclusión se derivaba por expreso silencio legislativo ya que el art. 1002 encargado de enumerar los casos de "inhabilidades especiales" para contratar, nada decía al respecto. Sólo mencionada a: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados; b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; y c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido.

El texto aprobado por Senadores y por lo tanto, el efectivamente sancionado, introduce una modificación sustancial en este punto; es decir, se vuelve al sistema aún vigente, cuyo principio rector es la prohibición de contratar entre cónyuges, excepto contratos expresamente permitidos o los que ante el silencio legal, por aplicación del aforismo "todo lo que no está prohibido, está permitido", la doctrina y jurisprudencia han considerado que se pueden celebrar de conformidad con el principio de libertad.

¿De qué modo se vuelve al régimen anterior? El art. 1002 dice en su versión actual: "Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: (...) d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. (...)".

¿A qué responde esta vuelta al pasado? ¿Cuál es el fundamento de esta marcha atrás? ¿Es un miedo cierto y fundado la idea de que levantar la prohibición general de contratar entre cónyuges sería, en la práctica, una puerta abierta al fraude a terceros? ¿Acaso no se cuenta con herramientas jurídicas para combatir cualquier tipo de abuso o mala fe en el ejercicio del derecho a contratar entre cónyuges?

Si lo que se pretende es evitar el perjuicio a terceros por diversas acciones —contratos— que podrían celebrar los cónyuges en connivencia para ello, debería haberse impuesto la prohibición de contratación entre cónyuges in totum, es decir, con total independencia del régimen de bienes elegido. La lógica seguida por el texto modificado en la Cámara de Senadores no es esta, ya que el art. 1002 en su versión actual circunscribe la prohibición de contratación a los cónyuges que están regidos o se encuentran bajo el régimen de comunidad. ¿Acaso los cónyuges separados de bienes no podrían realizar actos fraudulentos en perjuicio de terceros? ¿El fundamento de la prohibición sería el vínculo de confianza que genera el matrimonio o el régimen de comunidad que se adopta? Si la respuesta adecuada gira en torno al proyecto de vida en común que implica un matrimonio de por sí, fácil se concluye que la postura que sigue la reforma en su versión en debate es errónea.

Cabe destacar, que la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges no era una propuesta propia, autónoma o aislada, sino que es la línea legislativa que siguen los ordenamientos jurídicos más modernos que

precisamente, están a favor de la libertad de contratación y con el objeto de evitar los abusos que se puedan cometer, adoptan remedios para corregir aquellas acciones que pudieran lesionar derechos de terceros. Algunos ejemplos son las legislaciones de Alemania, Canadá (Quebec), Italia, Bolivia, Colombia, Francia (en una de sus tantas reformas, la de 1985), también España cuyo art. 1323 de su Código Civil expresa: "El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí cualquier toda clase de contratos"; el Código Civil suizo que en el art. 177 expresa: "Todos los actos jurídicos son permitidos entre esposos" y el Código Civil panameño que en su art. 1167 comienza manifestando en su primera oración: "Es permitida la contratación entre los cónyuges".

Por otra parte, a la luz de la historia jurídica nacional, la idea de derogar la prohibición de contratación entre cónyuges tampoco era ajena. Al respecto, cabe recordar que esta era la postura legislativa proyectada en las reformas de 1998 y 1993.

En este aspecto, el Anteproyecto de reforma tenía una lógica bien clara en materia de familia: alcanzar una regulación respetuosa de la libertad y autonomía pero con responsabilidad y solidaridad familiar. El cambio introducido en el texto aprobado en Senadores habría sido un retroceso y consecuente "salto ilógico" en la línea que sigue el Código Civil y Comercial al regular las relaciones de familia. En este cambio legislativo se podría vislumbrar, en definitiva, la persistente desconfianza que aún se le tiene a la libertad, aunque existan remedios legales para combatir sus excesos.

#### **4. Segunda parte: las relaciones entre padres e hijos**

##### **4.1. Consideraciones generales**

Las relaciones entre padres e hijos también han sufrido fuertes modificaciones y/o actualizaciones producto del desarrollo que ha tenido el campo de los derechos de niños, niñas y adolescentes en los últimos 25 años tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas. Si bien este instrumento internacional de derechos humanos preocupados por la infancia y adolescencia data de 1989 y su ratificación e ingreso al ordenamiento jurídico nacional en el año 1990 al ser ratificada por la ley 23.849; lo cierto es que el momento legislativo culmine lo es en el año 2005 con la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Esta normativa puso en crisis varios de los postulados seguidos por el Código Civil en el que las personas menores de edad eran consideradas "menores", con muy poca presencia o protagonismo en los conflictos jurídicos que los involucra, en el que prima la noción de "representación" (sustitución) de los representantes legales para la validez de una gran cantidad de actos jurídicos civiles.

Es evidente que este plexo normativo había quedado severamente cuestionado a la luz de uno de los principios básicos que proclama la Convención sobre los Derechos del Niño y que reafirma la ley 26.061; nos referimos al principio de autonomía progresiva. Es decir, a la consideración obvia de que las personas menores de edad tienen diferente grado de madurez, de aptitud para discernir y por lo tanto, de decidir por sí o al menos expresar su voluntad acompañada o asistida por la voluntad de algún responsable, pero no de ser sustituido. Esta connotación básica y revolucionaria a la vez, coloca en jaque el régimen de la "patria potestad", pasándose entonces a uno más flexible y complejo en el que la participación de los hijos en determinadas situaciones o actos jurídicos deba ser esencial, incluso determinante. Esta es una de las razones por las cuales toda la regulación de la ahora denominada "responsabilidad parental" —como se sintetizará más adelante— observa tantísimos cambios en el nuevo Código Civil y Comercial.

Por otra parte, no se debe perder de vista todo lo relativo al derecho filial; ámbito temático que viene sufriendo varios embates a la legislación aún vigente desde la obligada perspectiva constitucional—convencional. Sucede que el derecho a la identidad ha tenido un desarrollo tan fenomenal que incluso, en algunos supuestos especiales dentro del campo de la filiación por naturaleza, la identidad estática o el dato biológico no es el elemento más relevante a los fines de resolver una contienda. Como ejemplo de esta afirmación se puede compulsar el fallo de la Suprema Corte de Mendoza el 12/05/2005 (40) o de manera más reciente, los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires de fecha 05/04/2013 (41) y 28/05/2014 (42). Esta revalorización de la identidad dinámica por sobre la estática o en otras palabras, el

impacto de la noción de socioafectividad en el campo del derecho filial cada vez se hace sentir con más fuerza (43). Tan es así, que el Código Civil y Comercial incorpora como tercera fuente filial a las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) que tanto debate ha generado en el ámbito doctrinario, y también ha profundizado, actualizado, ampliado y mejorado la filiación adoptiva en la que también la voluntad y la identidad dinámica juegan un rol preponderante.

Dado el alto interés que ha despertado las TRHA se pasa primero a analizar también de manera sucinta —a tono con el objetivo del presente ensayo de ser meramente un pantallazo general sobre algunas de las principales modificaciones— la estructura general que muestra esta nueva fuente filial en el Código Civil y Comercial.

#### 4.2. Las técnicas de reproducción humana asistida

##### A) Una tercera fuente filial

En tren de confesiones, el presente trabajo se encontraba cerrado pero la lectura de un trabajo de doctrina incentivó su apertura porque constituye la mejor explicación, fundamento y razones de por qué las técnicas de reproducción humana asistida no sólo deben ser una tercera causa filial sino también, reafirmar la precisión, pertinencia y claridad con la cual se la regula en el nuevo Código Civil y Comercial.

Nos referimos al trabajo de Basset titulado "La democratización de la filiación asistida" en el que ya la sola lectura de la excelente síntesis que hace el editor, da cuenta del excesivo contenido ideológico/religioso, subjetivo, personalista e incluso, algo de resentimiento, en contraposición con los escasos argumentos jurídicos y la total ausencia de la obligada perspectiva constitucional-convencional. Esta es la primera conclusión a la cual se puede arribar fácilmente al leer: "En el Código Civil y Comercial la filiación por medios artificiales supone la persistente negación de todas las acciones para emplazarse o vincularse con aquel progenitor con el que el niño está vinculado en cada célula de su cuerpo. Además del principio general establecido en el art. 577, la regulación específica de cada supuesto confirma que el niño no tendrá acción de emplazamiento. Es la consagración jurídica definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en aras de una regulación adultocéntrica, a la que le cuesta encontrar un equilibrio razonable en el movimiento pendular entre el ansia de los padres de tener un hijo y los derechos de los hijos concebidos" (44). Por esgrimir un solo interrogante de los obvios que genera esta afirmación: ¿Acaso la decisión de tener un hijo no es siempre "adultocéntrica"? El grado de avance y desarrollo de la ciencia, hasta la fecha, no permite que la esencia o espíritu de las personas que vayan a nacer puedan comunicarse de manera sobrenatural con los adultos y hacerles saber su deseo de aterrizar en la tierra. En este contexto signado por la pertinaz insistencia y resistencia a admitir la realidad social, es decir, que gracias al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida las personas —cualquiera sea su estado civil, orientación sexual e identidad de género— pueden ver satisfecho el derecho humano a formar una familia (conf. Corte IDH caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica que se analizará más adelante), la democratización sólo está en lo formal —el título— no así en su contenido.

Ahora sí, se está en condiciones de conocer cuáles son los principales fundamentos de índole constitucional— convencional por el cual las TRHA según el nuevo Código Civil y Comercial, constituyen una tercera fuente filial.

A la luz del ya mencionado principio de realidad, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el nuevo Código Civil y Comercial, fácil se observa la cantidad de niños que nacen gracias al avance de la ciencia médica, es decir, al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA). Este escenario fue puesto de resalto con mayor énfasis tras la sanción de la ley de matrimonio igualitario y los conflictos generados por la determinación filial de los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres (45). ¿Cómo fueron concebidos estos niños? La gran mayoría nacieron por el uso de las TRHA, con semen de un tercero y con óvulos de la mujer gestante o de su pareja del mismo sexo. En este contexto, es dable afirmar que las TRHA es un modo o fuente generadora para que muchas personas —parejas de igual o diverso sexo como mujeres solas— accedan a la maternidad/paternidad y así, que varios niños puedan nacer, crecer y desarrollarse en este mundo. ¿Sería dable aseverar a priori y en abstracto que esta posibilidad que brinda la ciencia puede violar el principio del interés superior del niño?

El régimen actual en materia de filiación tiene por presupuesto ineludible, la existencia de una relación

sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las normas que regulan la filiación "biológica o por naturaleza" no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad razón por la cual, deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. **Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio.** ¿Cuáles son estas particularidades? En este contexto, cabría preguntarse cuántas diferencias deben existir entre las TRHA, la filiación por naturaleza y la adoptiva para que ameriten o justifiquen una regulación de la primera como tercer tipo filial autónomo. El Código Civil y Comercial entiende que las diferencias son varias y de suma relevancia, de allí que se justifica un tratamiento propio o autónomo como el que hace (conf. art. 558).

En primer lugar, **las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía.** Por ejemplo, una mujer está casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear y deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada "voluntad procreacional", es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. **Este es el elemento o eje central cuando se trata de TRHA.** Los integrantes de este matrimonio serán los padres, son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. **Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo.**

Por otro lado, las TRHA permiten conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.); por esta razón, el proyecto exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético; es evidente que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza. Este fue, precisamente, uno de los tantos conflictos que involucran a las TRHA que ha llegado a los estrados judiciales y que deberá resolver en definitiva la Corte Federal al concederse el recurso extraordinario interpuesto ante la decisión de la Alzada que disponía al centro de salud transferir los embriones a pesar de la negativa del ex marido (46). Además, cabe señalar que esta particularidad también está presente en la ley 26.862 de cobertura médica al disponer la última parte del art. 7 referido a los beneficiarios que "El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer". La misma línea legislativa que adopta la nueva legislación civil y comercial al establecer en el art. 560 que "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". Si se debe renovar en cada transferencia es que, en definitiva, se puede revocar por omisión, es decir, derivada de la falta de renovación. Por si alguna duda cabía, la última parte del art. 561 expresa: "El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

Si las TRHA han sido uno de los temas más sensibles que el nuevo Código Civil y Comercial generó en el ámbito académico, algunos conflictos en particular, produjeron una doble sensibilidad o especial atención. Nos referimos a la cuestión del **embrión no implantado**, que si bien es un tema que amerita un abordaje propio, éste no podía quedar afuera de un ensayo preocupado por exponer algunas de las principales modificaciones y/o debates desatados en el marco del nuevo texto civil y comercial directamente relacionadas con las relaciones de familia. Si bien el ya famoso art. 19 se encuentra en la primera parte del Código Civil y Comercial, tiene una incidencia clara en la regulación de las TRHA, de allí su tratamiento a continuación.

B) El comienzo de la existencia de la persona humana

B)1. Consideraciones generales

**Como primera y relevante aclaración, dado la cantidad de comentarios críticos que se han esgrimido en**

torno al art. 19 según el texto sancionado que fue el introducido en la Cámara de Senadores modificándose así, la versión presentada en el Anteproyecto y mantenida durante todo el debate hasta la media sanción, cabe señalar que el texto tal como quedó redactado no restringe, prohíbe o cercena las técnicas de reproducción asistida, como así tampoco, impide el debate aún pendiente sobre la despenalización del aborto. Si ya en el marco del Código Civil aún vigente ambas cuestiones son posibles, más aún lo es en el nuevo Código Civil y Comercial de la democracia.

En lo que respecta al campo del derecho civil, la redacción del art. 19 no perjudica el avance y desarrollo en el país de las técnicas de reproducción asistida como causa de una tercera fuente filial —tal como se lo establece en el Código Civil y Comercial— y su habilidad para satisfacer el derecho de toda persona a formar una familia con total independencia de la orientación sexual y ser una vía loable para la configuración de familias monoparentales a partir de la decisión de una mujer sola. Esta afirmación surge de la lectura sistémica del propio texto civil y comercial, como así también de normas especiales sobre la temática por fuera de él como lo es la mencionada ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, y de precedentes de suma importancia como lo es el resonado caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012 que más adelante se sintetizará para tomar dimensión de los aportes concretos y obligatorios que se derivan de esta doctrina judicial de alto valor ético y por sobre todo, jurídico (conf. art. 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados y el ya citado caso Mazzeo y otros precedentes que siguen esa misma línea argumental (47)).

B).2. La existencia desde la concepción. Mantenimiento del principio general. Concepción derivada del acto sexual

El Código Civil y Comercial mantiene el momento de la existencia de la persona (agregándole el calificativo de "humana") desde la concepción, tal como lo previó Velez Sársfield siguiendo a Freitas y al Código prusiano. De este modo, el concebido es considerado una persona humana a los efectos del código, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición (nacimiento con vida) que hasta la actualidad (48).

Se reconoce al nasciturus o persona por nacer como sujeto de derecho y por ende, protegido por el Código Civil y Comercial, siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción.

¿Qué se entiende por "concepción"? Como sinónimo de anidación. Si bien este último sería el término correcto, no es el que se suele utilizar en el ámbito jurídico, más precisamente, en el campo internacional de conformidad con lo previsto en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El término concepción al que se alude en este instrumento internacional de 1969 cuando no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y esperma por fuera del cuerpo de una persona) está en franca revisión y fue reinterpretado cuando se trata del supuesto especial de técnicas de reproducción humana asistida en un fallo fundamental para la región como lo es el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que se sintetiza y analiza más adelante.

Persiste la falta de criterio unánime acerca del momento mismo de la concepción, debate que aún ante los avances y procesos científicos no se puede establecer un momento preciso sobre cuándo acontece la concepción. Tan es así que algunos autores sostienen, con acierto, que este debate sobre el instante preciso y uniforme relativo al surgimiento de la persona humana deviene estéril (49). Se trata de una incertidumbre que escapa al ámbito jurídico por lo cual el Código Civil y Comercial no estaría capacitado para resolver. De allí que se mantiene la postura seguida desde los orígenes de la legislación civil y que forma parte de la tradición jurídica, más allá de las entendibles —y compartidas— críticas esgrimidas a esta línea legislativa que gira, entre otras cuestiones, a diferenciar vida humana de persona humana, para quienes recién comenzaría o existiría desde el nacimiento. Esta última postura es la que siguen una gran cantidad de legislaciones comparadas; por citar algunas: el Código Civil español en el art. 30 dispone que "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno"; el Código Civil del Brasil en su art. 2 dice que "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"; el art. 90 del Código Civil colombiano establece que "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura

que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás" o el art. 60 del **Código Civil del Ecuador** determina que "El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva 24 horas a lo menos desde que fue separada completamente de su madre...", por citar algunos de los tantos **países que focalizan en el nacimiento la existencia de la persona humana, más allá de que en los hechos, varios de estos ordenamientos jurídicos le otorgan al embrión in vitro un tratamiento jurídico similar o compatible con el de persona.**

Desde la obligada perspectiva constitucional— convencional, además del mencionado art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que al regular en el inciso 1ro del art. 4 referido al "derecho a la vida" afirmándose que "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción"; la Convención sobre los Derechos del Niño con igual jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22), si bien dispone en su art. 1 que se entiende por niño a las personas menores de dieciocho años, interpretándose que la protección que brinda esta normativa lo es desde el nacimiento; la ley 23.849 sancionada en 1990 que ratifica esta herramienta legal en el ámbito nacional, declara que el mencionado art. 1 "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

Con respecto a esta previsión legal que ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, es dable destacar que la Corte Federal en el caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" del 13/03/12 en el que se interpreta el supuesto de aborto no punible que regula el art. 86 inciso 2do. del Código Penal, se sostuvo que el art. 2 de la Ley 23.849, en cuanto establece que el artículo 1 de la Convención debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde la concepción "no constituye una reserva que en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño —rige en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución—. Esto porque como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado argentino efectuó una reserva con relación al artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1 se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 — 1.2; 1.3—)" (50).

En este contexto en el que se coloca en crisis la noción o interpretación del término concepción reavivado por el texto que observa el art. 19 en su versión efectivamente sancionada que no aclara o diferencia qué se entiende por concepción cuando se trata la existencia de personas que nacen del uso de las TRHA (51), es dable profundizar sobre el término concepción y su correcta interpretación cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida.

### **B)3. La existencia de la persona cuando derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida**

#### **B) 3.1. Consideraciones generales**

El uso de las técnicas de reproducción asistida es una realidad que no se puede silenciar (52). Se afirma que "con el correr del tiempo, millones de parejas infértiles son tratadas cada año como un camino real y eficiente para ser madres y padres. En la actualidad, más de cuatro millones de personas han nacido gracias a procedimientos de reproducción asistida, y los estudios de seguimiento de bebés nacidos demuestran que no existe mayor riesgo de malformaciones por el hecho de haber sido generados fuera del cuerpo de la mujer" (53).

Suecia ha sido el primer país europeo en regular esta práctica médica en la ley 1984:1140 de inseminación artificial del 22 de diciembre de 1985 que después se extendió a la fecundación in vitro en la ley 1987:711 del 6 de junio de 1988. Después fue la ley española 35/1988 y así se fueron adicionando una gran cantidad de legislaciones referidas al tema en el derecho europeo y en otros tantos países. Este desarrollo legislativo no ha sido tan masivo aun, en América Latina pero sí ya se cuentan con algunas normativas que se ocupan del tema.

En el país ya hace varios años que diferentes centros médicos privados vienen llevando adelante diferentes técnicas para que las parejas o personas infértiles (tanto infertilidad por razones de salud o estructural como acontece con las parejas del mismo sexo) puedan acceder a la maternidad/paternidad; hasta la actualidad se

carece de una normativa integral y sistematizada que regule el uso de este tipo de prácticas médicas, a diferencia de lo que acontece en el derecho comparado, en especial, el europeo que ya desde la década de los 80 se sancionaron varias legislaciones, acordes con el avance de la ciencia médica en aquél momento (54). Estas legislaciones han observado varias modificaciones en atención al perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida, las cuales fueron tenidas en cuenta al regular el tema en el Código Civil. **Se trata de conocer y analizar la experiencia en el derecho comparado como insumo de gran interés para la elaboración de una normativa a nivel nacional, que si bien debe respetar las pautas y principios culturales, se trata de un tema donde el avance de la ciencia médica es similar en el mundo y por ello, ahondar sobre el desarrollo legislativo en otros países —más allá de las diferentes tradiciones jurídicas— presenta una singular relevancia.**

En un estudio realizado durante el 2011 por un centro médico argentino, se presentaron los primeros resultados sobre una encuesta realizada en Argentina y América Latina sobre "Actitud hacia la ovodonación". En este trabajo se afirma que "En nuestro país se están contabilizando 10.000 casos de técnicas de reproducción asistida al año y, de este total, un 20% se realizan con gametas donadas, con una tasa de nacidos vivos del 40 %, aproximadamente, lo que da unos 800 nacimientos/año por ovodonación en la Argentina" (55).

En esta perspectiva centrada en el principio de realidad, cabe agregar que si bien se carece de datos ciertos acerca de cuándo comenzó el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, lo cierto es que el nacimiento de Louise Brown en 1978 nacida de fertilización in vitro —la llamada "primera niña de probeta"— marcó un hito en el desarrollo de estas prácticas médicas. También se carece de datos fidedignos sobre la cantidad de niños que han nacido mediante este tipo de técnicas, pero en el XXVIII Congreso anual de la Sociedad Europea de Medicina Reproductiva —uno de los eventos más importantes a nivel mundial en la materia realizado en Estambul entre el 1 y 4 de julio del 2012— se afirmó que hasta este momento han nacido más de 5 millones de niños por el uso de estas técnicas; cifra que se eleva considerablemente si se tiene en cuenta otro tipo de técnicas de menor complejidad (56).

En el ámbito nacional, también el uso de las técnicas de reproducción humana asistida es una práctica cada vez más extendida a la luz de varias consideraciones que se han plasmado, incluso, en el ámbito jurídico a raíz de varios precedentes jurisprudenciales y algunas legislaciones locales (57), además de la ya mencionada ley nacional 26.862.

En el campo jurisprudencial, se han dictado una gran cantidad de fallos sobre diferentes temáticas que permiten afirmar la realidad del uso de las técnicas de reproducción asistida en el país.

En primer lugar, un gran número de antecedentes jurisprudenciales en las que se ha solicitado la cobertura médica del tratamiento, teniendo dispares resoluciones según la situación fáctica planteada (acceder a las técnicas para tener un hijo o para salvar la vida de un hijo ya nacido, para lo cual era necesario recurrir a manipulación genética y la consecuente selección del material genético, apto para el objetivo planteado), la complejidad de la práctica a ser cubierta por las personas que solicitan el tratamiento (persona sola o parejas de igual o diverso sexo), etc. (58).

Otro grupo menor de sentencias en los que se han esgrimido otro tipo de conflictos afines o que se derivan del uso de las técnicas de reproducción humana asistida como ser la designación del llamado "tutor de embriones" en general (59) o en especial, ante una situación de divorcio en el que los esposos manifiestan en una audiencia que se habían sometido a estas técnicas y que habrían quedado varios embriones crioconservados, por lo cual el juez ordena la intervención del asesor de menores para la protección de dichos embriones en su carácter de "personas por nacer"(60); de manera más actual, el supuesto de un matrimonio que se divorcia y que la ex mujer solicita al centro médico implantarse los embriones crioconservados que tenía con material de ella y de su ex marido a pesar de la oposición expresa del ex marido (61); **el pedido de una mujer que en pleno tratamiento su marido fallece y solicita que se orden al centro médico a continuar con la práctica médica para tener un hijo con embriones formados con material de ella y de su marido fallecido** (62); y más reciente aún, el pedido de un asesor de menores en el marco de una adopción de integración por parte de la cónyuge de la madre que dio a luz a un niño mediante la inseminación de material genético de donante anónimo, de que el centro médico levante el secreto profesional que mantiene el anonimato para que se revele la identidad de dicho

donante (63), por citar algunos conflictos jurídicos que reflejan claramente, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y las consecuencias negativas de tener que judicializar ante la falta de una legislación que resuelva todos estos conflictos.

Puntualmente, en lo referido al rol del Asesor de Menores en los conflictos judiciales que involucran embriones, es importante destacar que la máxima autoridad de la Defensoría General de la Nación, la Dra. Stella Maris Martínez en el marco de amparos por la cobertura médica de diferentes prácticas —en particular, aquellas que comprometen la criopreservación o manipulación de embriones— ha impartido como directiva a todos los Asesores de Menores e Incapaces de primera y segunda instancia a dejar de intervenir al entender que la función de este organismo es defender y proteger los derechos de personas menores de edad y con capacidad restringida y no embriones, al entender que no son persona de conformidad con la doctrina que surge del fallo Artavia Murillo y otros contra Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Al respecto, se sostiene: "Sobre el punto, estimo que aún en el caso de sostenerse que el sólo hecho de la fecundación exige otorgar al embrión el estatus de persona —en razón de las indudables condiciones genéticas que aquél presenta—, no es posible aseverar sin más que debe otorgársele dicha condición, en el sentido técnico-jurídico del término y a los efectos de justificar la intervención de la Defensa Pública en casos como el presente"; agregándose: "El criterio expuesto se condice con lo afirmado por la Corte IDH en el Caso "Artavia Murillo" al referirse a la fertilización in Vitro en relación al art. 4 de la CADH sobre el derecho a la vida. Sostuvo en tal ocasión que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano confirman que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión" (64).

Por otra parte, cabe destacar que la doctrina nacional también se debate acerca de cómo se debe interpretar la noción de "concepción" en el seno materno que receptaba el Código Civil desde sus orígenes cuando se trataba de técnicas de reproducción humana asistida existiendo, básicamente, dos interpretaciones bien diferenciadas: 1) aquella que considera que la fertilización in vitro —extracorpórea— debe ser considerada concepción en el seno materno, ya que era imposible que Vélez Sarsfield en aquél momento pudiera prever estos avances científicos, pero que así se respetaría la télesis del legislador al proteger toda posibilidad de vida humana y posterior persona (65) y 2) aquella que entiende que la concepción en el seno materno se produce con la transferencia y posterior implantación del embrión en el seno materno, por lo cual, los embriones cuando no están aún transferidos en el cuerpo de la mujer no deberían ser considerados persona en los términos al que se refiere el art. 63 del Código Civil originario (66). Como se podrá ver, este debate doctrinario se encuentra sorteado a pesar de la redacción ambigua que observa el art. 19 sorteado si se lleva adelante un análisis sistémico del propio Código Civil y Comercial, como así también, de leyes complementarias como la ley 26.862 y voces más que autorizadas a tal punto de ser obligatorias como lo es la proveniente de la Corte IDH. Pasamos a sintetizar los argumentos más relevantes desde la necesaria perspectiva sistémica.

B) 3.2. La voz autorizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012

Como ya se adelantó, la máxima instancia judicial de la región en materia de Derechos Humanos ya se ha expedido acerca de la naturaleza jurídica del embrión no implantado o in vitro (67). Esto allana de manera considerable y esencial el camino interpretativo acerca de qué se entiende por concepción en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida (68). Dada la relevancia de esta jurisprudencia se pasa a sintetizar la plataforma fáctica y jurídica comprometida, como así los argumentos esgrimidos y la conclusión o doctrina legal a la cual se arriba.

¿Cuál era la controversia comprometida en el caso?

Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación in vitro (FIV). En fecha 15/3/2000, la Sala Constitucional de este país declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación in vitro trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso a dicho tratamiento y

por lo tanto, entender que ello constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar (art. 11 de la Convención Americana) al derecho a conformar una familia (art. 17), y una violación al derecho de igualdad (art. 24).

Para decidir la contienda, la Corte indagó sobre el sentido de ciertos términos: "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", a la luz de diferentes métodos de interpretación: a) el sentido corriente de los términos; b) sistemática e histórica; c) evolutiva, y d) según el objeto y fin del tratado.

En este contexto, la Corte admite que la definición de "concepción" que tuvieron en miras los redactores de la Convención Americana lo era antes de que la ciencia posibilitara que la fertilización suceda fuera del cuerpo de la mujer. Que en el marco científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término "concepción": una corriente entiende por "concepción" el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide y la otra, entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, la misma que sigue el articulado en análisis.

Por su parte, y tras analizar detenidamente los cuatro sistemas de Derechos Humanos: 1) el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); 2) el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); 3) el europeo y 4) el africano; concluye que de ninguno de estos tratados se puede inferir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención. Misma interpretación cabe arribar de las conclusiones de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Desde la perspectiva de la regulación vigente como fiel reflejo de la noción de evolución, merecen destacarse dos consideraciones que esgrime la Corte: 1) la tendencia en el derecho comparado no permite afirmar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida ni que titularice un derecho a la vida y 2) que si bien la amplia mayoría de los Estados Parte de la Convención Americana no regulan la cuestión, lo cierto es que en sus territorios permiten la FIV, por lo tanto, se presume que éstos interpretan el art. 4.1 de la Convención de tal modo de obstaculizar esta práctica médica, siendo que permite a muchas personas alcanzar la paternidad/maternidad.

En lo relativo a la alusión que hace el mencionado art. 4.1 al decir "en general", la Corte afirma que precisamente debido a esta expresión, se puede concluir que el objeto y fin de la Convención no es una prohibición o protección absoluta del embrión que anule otros derechos; de lo contrario, no contendría esta especie de válvula de escape, excepción o flexibilidad.

Por último, y siendo uno de los argumentos más fuertes que se suele exponer referida a la pérdida voluntaria y consciente de embriones que se deriva de la FIV, la Corte tiene en cuenta que de las pruebas rendidas en el proceso surge que dicho descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, por ello el tribunal entiende desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia. Aseveración tan elocuente como cuando se dice que "Hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten" (párrafo 185 in fine).

En definitiva, para la Corte Interamericana cuya sentencia forma parte de nuestro "bloque de constitucionalidad federal" y por ende, de aplicación obligatoria por la legislación infraconstitucional como lo es el Código Civil y Comercial, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana. Esta es la postura que se sigue en el artículo en análisis.

A modo de cierre sobre el estudio somero de esta esencial jurisprudencia regional— convencional, dada la

obligatoriedad de los fallos que emanan de la Corte Interamericana como intérprete última y autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos y que hace a la "condición de su vigencia" de este instrumento internacional, fácil se puede observar la contradicción con esta perspectiva que se deriva de afirmaciones arribadas por mayoría en la comisión nro. 1, de las XXIV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre del 2013, en la cual por mayoría se sostuvo que "El fallo Artavia Murillo no resulta aplicable a la Argentina", conclusión que es seguida en algunos pocos precedentes que deniegan la cobertura médica de ciertas prácticas de reproducción asistida al sostener que ellas implican manipular embriones in vitro como sinónimo de personas (69) y algunas voces doctrinarias más apegadas a una visión conservadora y religiosa de las relaciones de familia y la bioética. Incluso se ha llegado a inventar un artículo inexistente en la ley 26.862 de cobertura médica para defender la idea de que el embrión no implantado es persona (70). En este trabajo de doctrina se lee "La ley 26.862 en su art. 13, dispone que: "En los Centros Médicos autorizados sólo podrán conservarse gametos femeninos —ovocitos— y gametos masculinos —espermatozoides—. A partir de la sanción de la presente ley se prohíbe la crioconservación de embriones humanos". Como se verá más adelante, la ley de cobertura médica 26.862 no sólo permite la criopreservación de embriones, sino que consta de un total de 12 artículos, siendo este supuesto artículo 13 una norma inexistente.

### B) 3.3. La necesaria perspectiva e interpretación intra-sistémica del Código Civil y Comercial

Cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida se entiende por concepción, de mínima, cuando el embrión in vitro está implantado en la persona. Aquí cabe esgrimir la siguiente afirmación a modo de aclaración. Decir que el embrión se implanta en la persona y no en la mujer, es la postura legislativa más acorde con la ley 26.743 de identidad de género cuyo eje vertebral para el cambio de identidad de género se basa en la "identidad autopercebida", sin la obligación de apelar de manera previa a intervención quirúrgica alguna de "reasignación" de sexo. Esta ha sido la razón por la cual en una de las versiones del art. 19 que circularon antes del texto efectivamente sancionado, se había quitado la mención expresa al "seno materno".

¿Qué sucede antes de la implantación? El embrión in vitro no debe ser considerado persona humana en los términos que regula el Código Civil y Comercial de conformidad con la obligada perspectiva sistémica que surge del propio texto civil vigente tras la sanción del 2014.

Tal como se analizará al indagar acerca del art. 20, para esta disposición se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. En este contexto, fácil se advierte que jamás se podría decir que la persona o pareja que tiene embriones criopreservados o aún frescos esperando ser transferidos ya por esa sola situación se encuentra embarazada o el test de embarazo le pudiera dar positivo.

Por su parte, el articulado siguiente, el art. 21 es más elocuente aún al sentar como principio —en la misma línea que el Código Civil originario— que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, el propio proyecto de reforma alude de manera precisa y le da relevancia a la implantación del embrión.

Más todavía, el citado art. 561 que integra el capítulo dedicado a las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida" dispone —en el mismo sentido que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013— que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable "mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el Código Civil y Comercial.

Por último, la disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado. Esta actitud legislativa da cuenta de que se sale de la falsa contraposición que gira en torno al embrión no implantado: persona vs cosa, siendo que en el campo de la bioética priman naturalezas jurídicas que se salen de esta dicotomía propia del derecho civil clásico: la sangre, los órganos humanos, las células madres por citar algunos. El embrión in vitro no estaría fuera de esta mirada más contemporánea que se sale de los cánones

clásicos del derecho civil en materia de naturaleza jurídica.

B) 3.4. La necesaria perspectiva e interpretación extra-sistémica con la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013

En junio del 2013 se sancionó la citada ley 26.862 que vino a— o al menos pretendió (71)— zanzar la disparidad jurisdiccional en lo atinente a la cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida; normativa que reglamentada en tiempo y forma por el decreto 956/2013. Si bien ninguna de estas herramientas legales se refiere de manera expresa a la naturaleza jurídica del embrión no implantado o in vitro, sí se lo puede presumir del modo en que se regulan varias cuestiones que hacen, en definitiva, a estas prácticas más allá de la cuestión de su cobertura.

Básicamente, existen 3 consideraciones que se hacen en estas normativas que instan a afirmar, sin hesitación alguna, que el embrión no implantado no es considerado persona humana. Ellas son: 1) la posibilidad de criopreservar embriones, 2) la posibilidad de donar embriones y 3) la posibilidad de revocar el consentimiento hasta antes de la implantación del embrión en la mujer.

Con respecto a los dos primeros, el art. 2 del decreto reglamentario en su parte pertinente dice: "Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos" (72).

Al segundo aspecto se le dedica un mayor espacio legal, siendo que el art. 2 de la ley 26.862 asevera que "A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones"; agregando el art. 8 del decreto 956/2013 referido a la "cobertura" que "En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud ..." y que "Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante"; aclarándose que "La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento" y que "nunca tendrá carácter lucrativo o comercial" (73).

Y al tercero, también la ley 26.862 en su art. 7 referido a los beneficiarios de las técnicas en cuestión dispone en su última parte que "El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

Por lo tanto, fácil se puede colegir que si los embriones se pueden criopreservar, donar y revocar el consentimiento para que ellos no sean transferidos, ello significa implícitamente, que para estos textos legales el embrión in vitro no es persona.

B)3. 5. Otro actor social autorizado: la voz de la ciencia

La Comisión de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CETCE), organismo público dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación integrado por científicos de reconocida trayectoria del país se ha ocupado de manera expresa, profunda y precisa sobre el tema en análisis.

Al respecto, se ha sostenido que "El concepto de 'vida' puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. Según la teoría "instantaneísta", el comienzo de la persona

humana coincide con la fecundación debido a que el cigoto contiene la totalidad de la información genética. Sin embargo este argumento es insuficiente. La información genética no alcanza para constituir un individuo completo. El concepto de información es más amplio e incluye modificaciones sustanciales durante el desarrollo embrionario: a partir de esa única célula se llega a conformar un organismo que al nacer llega a tener más de 1012 células, con un orden asociado a su distribución espacial que no estaba presente en la información contenida en el óvulo fecundado. El estudio del desarrollo del embrión después de su implantación en el útero revela que se produce información de otro tipo asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado y se adquiere del ambiente provisto por la madre". Con respecto al embrión no implantado, se asevera que "El adelanto del conocimiento científico y tecnológico abrió la posibilidad de que la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide) y el desarrollo inicial del embrión se realicen fuera del tracto reproductor femenino, in vitro. Los embriones resultantes de la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano". En este mismo informe elaborado por un grupo de científicos de reconocida trayectoria en el país, se aclara al referirse y en defensa del ya citado art. 57 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que " (...) el artículo 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como los diagnósticos pre-natales y pre-implantatorios en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto. Tampoco pone límites a la terapia génica de células somáticas ni a otras técnicas terapéuticas que no están orientadas al reemplazo del núcleo del óvulo. Por tales motivos y para evitar dificultades en la interpretación del artículo se sugiere que en la redacción se destaque la única prohibición respecto a producir alteraciones genéticas del embrión que resulten transmisibles a la descendencia".

Además, se agrega en el mencionado documento sobre "Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado" que: "Las células madre embrionarias se utilizan en ensayos de toxicidad de nuevos medicamentos, en investigaciones sobre el desarrollo, preservación, trasplante y sustitución de tejidos, y sobre terapias que podrían contribuir al tratamiento del Parkinson, la diabetes, lesiones de la médula espinal, cardiopatías y ceguera, entre otras. En algunos países, como EE.UU., Francia, Corea del Sur y Reino Unido, se ha comenzado a realizar ensayos clínicos para tratamientos basados en células madre embrionarias" en <http://www.cecte.gov.ar/recomendaciones-e-informes/>, compulsado el 05/10/2014). Por lo tanto, la selección, criopreservación e investigación en embriones no sólo son procedimientos ínsitos en las técnicas de alta complejidad que se encuentran cubiertas de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013; sino que además lleva a la conclusión evidente y elocuente de que el embrión no implantado no es considerado persona a la luz del régimen legal vigente, el proyectado y precedentes internacionales de aplicación obligatoria para la Argentina.

#### B.3.6. Algo sobre la ética académica

El tema de la naturaleza jurídica del embrión in vitro ha generado tanto revuelo auspiciado, básicamente, por resistencias ideológico— religiosas que se ha llegado al punto de inventar una norma inexistente en la ley 26.862.

Así, en un trabajo publicado en la revista especializada en el derecho de familia y de las personas de editorial La Ley, titulado "La crioconservación de embriones en el derecho comparado, en los proyectos de ley argentinos y en la ley 26.862 (decreto reglamentario n° 956/2013)", sus autoras Silvana Chiapero de Bas, Ana Paula María Fernández y Romina Wendi (74) expresaron: "La ley 26.862 en su art. 13, dispone que: 'En los Centros Médicos autorizados sólo podrán conservarse gametos femeninos —ovocitos— y gametos masculinos —espermatozoides—. A partir de la sanción de la presente ley se prohíbe la crioconservación de embriones humanos'".

La ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" consta de un total de 12 artículos, y su decreto reglamentario de 10. O sea, no existe

ningún artículo trece. Por lo demás, y esto es lo importante, desde que el error pudo ser meramente material (invocar un número por otro), nada hay en el texto legal, ni en ninguna otra ley vigente en la República Argentina, que prohíba la crioconservación de embriones humanos.

Por el contrario, ya se ha afirmado con remisión legal expresa que la criopreservación de embriones está permitida en el ordenamiento jurídico vigente, lo cual se mantiene en el Código Civil y Comercial (conf. última parte del art. 2 del decreto 956/2013 (75)).

Como es sabido, el diálogo académico exige datos verdaderos, especialmente, si se mueve en el terreno del derecho positivo en temas de contenido ético, como es el de la ciencia médica que ha permitido el nacimiento de muchas personas, tal como lo subrayó la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la conocida sentencia recaída en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012, que sienta las bases sobre las cuales se edifica la ley 26.862 y su decreto 953/2013.

Los errores son posibles en toda investigación científica, pero en una de carácter jurídico, resulta casi inexplicable que, como base positiva de la argumentación, se cite una norma que no existe.

Este grosero error dio lugar a que las autoras se rectificquen en un artículo posterior publicado en la misma revista especializada en el que expresaron: "La intención de la presente publicación apunta a corregir el error que se produjo en dicho trabajo, a los fines de que la equivocada afirmación no genere confusiones indeseables, ya que es evidente que la ley 26.682 promulgada, no contiene dicho artículo decimotercero" (76).

Si bien el error ya quedó salvado, lo cierto es que este tipo de actitudes demuestran el grado de tensión y dificultad para un debate serio que despierta el tema del embrión no implantado.

#### D) El derecho a la información de los niños nacidos con material de un tercero

Otra de los acalorados debates que ha generado la regulación de las TRHA en el Código Civil y Comercial gira en torno o compromete el derecho de identidad de los niños nacidos de la llamada "filiación heteróloga" (con material genético de un tercero).

El Código recepta un sistema intermedio y por ende, equilibrado de conformidad con los derechos en pugna. Para poder comprender con mayor exactitud por qué la reforma pasa el "test de convencionalidad-constitucionalidad", se debe saber que del juego de los arts. 563 y 564 se divisan tres facetas que involucra el derecho en análisis: 1) saber que se ha nacido de TRHA con material de un tercero; 2) información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y 3) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). ¿Qué permite el Código Civil y Comercial? Las tres facetas con ciertas particularidades.

Veamos, promueve y protege toda información para que la persona pueda saber que se ha nacido de TRHA con material de un tercero, lo cual queda lamentablemente, sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud para que las personas comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado (77). El control estatal de este compromiso que deberían prestar los padres al firmar el consentimiento informado es bastante endeble porque a diferencia de la adopción que hay un proceso judicial, este deber queda plasmado en un instrumento que integra un proceso administrativo. Es más, si en la adopción la obligación de hacer saber al niño que es adoptado queda, en definitiva, sujeto a la decisión de los padres adoptivos más allá de su reconocimiento legal, la misma suerte corre el derecho a saber que se ha nacido de TRHA heteróloga por lo cual la intervención interdisciplinaria en este campo filial es sumamente importante, pero ello excede el marco de una legislación civil. Con respecto a las otras dos facetas, el acceso a la información no identificatoria es amplia o irrestricta, y la restante observa ciertas limitaciones por las consideraciones que se pasan a sintetizar.

¿Por qué cuando se trata de identificar al donante, se lo debe hacer previa petición fundada a un juez esgrimiéndose razones valederas que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done? ¿Esta es una postura legislativa constitucional -convencionalmente válida? La respuesta positiva se impone. Esta restricción se debe a un interés general: el que

haya donaciones y así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres. Y también al interés particular, ya que si disminuye la donación esto impediría o al menos dificultaría la posibilidad de que nazcan niños por TRHA heteróloga; perjudicando a un sector que debe apelar de manera obligatoria a la donación de gametos como ser las parejas del mismo sexo (en especial, la conformada por dos mujeres) y las mujeres solas.

Por otra parte, cabe destacar una diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las TRHA con material de un tercero para contestar cualquier crítica que se apoye en la supuesta violación al principio de igualdad y no discriminación. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad; en cambio en la adopción, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra un "bios", la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo; todo esto involucra la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica (78).

Siguiéndose con las críticas de tinte "convencional-constitucional", Famá sostiene que la exposición intermedia "no supera el test de proporcionalidad si se observan dos cuestiones" (79). La primera, que quien dona es libre para hacerlo o no y por ende "no parece irrazonable exigirle que asuma consecuencias de su accionar". Esta autora presume que los donantes igualmente se sentirían "libres" de donar si una norma expresa adoptara el sistema de no anonimato, es decir, que toda persona nacida de TRHA con material de un tercero seguiría inclinándose por donar. Esta presunción no sólo carece de apoyatura fáctica, sino que justamente, no es lo que sostienen quienes trabajan y tienen contacto directo con los donantes en nuestro país. Se afirma que si la donación no fuera anónima, disminuiría sustancialmente la donación; y siendo un ordenamiento jurídico que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y por ende, la posibilidad de formar familias homoparentales por el acceso a las TRHA, fácil se comprende que los primeros perjudicados por el descenso de donantes serían las parejas del mismo sexo, como así las mujeres solas (80). Además, esta situación se agravaría si como se está analizando —de manera errónea— como se lo hace en el proyecto de ley que está en estudio en la comisión de salud de la Cámara de Diputados, se permitiría que una persona done una sola vez, por lo cual la cantidad de donantes debería ser mayor con la complejidad que significa lograr o conseguir que un mayor número de personas done de manera altruista —o mediante composición— y además saber que la o las personas que nazcan tienen derecho a conocerlos.

La segunda razón que esgrime Famá se refiere a que "la previsión legal no resulta menos restrictiva de entre todas las más idóneas para garantizar la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría pensarse en otras medidas por ejemplo de tipo educativo para fomentar las donaciones". En primer término, según lo que aquí se expresa, la misma autora reconoce que la baja o disminución de los donantes es realmente un tema preocupante que está en juego si la donación no sería anónima o al menos, sufriría ciertas restricciones. Este es, justamente, uno de los argumentos por los cuales el Código Civil y Comercial de la Nación recepta una postura intermedia. Preocupación que a la luz de un régimen que defiende el principio de igualdad y no discriminación para que ciertas personas no se vean perjudicadas por este descenso que estaría fundado, principalmente, en razón de la orientación sexual, debería ser muy tenido en cuenta para evaluar de manera integral el mencionado principio de proporcionalidad. No se duda acerca del loable efecto que podrían tener ciertas medidas educativas como las que propone Famá, pero ello es una construcción a largo plazo. Es por ello que ninguna legislación que hoy adopta un régimen amplio o de no anonimato ha nacido de ese modo, sino que venía de un sistema con ciertas restricciones, y con el tiempo gracias a los efectos de las medidas educativas que se señalan tendientes a consolidar la "cultura de la donación" que implica desentrañar y despejar ciertos fantasmas que podrían tener los donantes sobre el ejercicio del derecho a conocer de las personas nacidas con su material, se pudo virar a un régimen amplio sin poner en peligro la fertilización heteróloga. Precisamente, esto es lo que pretende lograr — así como ha acontecido en otros países— el proyecto de reforma. Centrar todo el régimen legal sobre el derecho a conocer en supuestas medidas educativas que aún no se han implementado y en un contexto legal signado por el silencio, proclive a la confusión entre ser donante y ser padre; se la observa una postura un tanto "romántica",

endeble entonces para afirmar con vehemencia que la postura intermedia que defiende el proyecto no respeta el principio de proporcionalidad. En otras palabras, por los contra-argumentos esgrimidos, parecería que la postura que no respeta dicho principio sería aquella que sostiene que el régimen legal debería ser de donación no anónima, ya que éste no daría certezas acerca de la subsistencia de un elemento básico para proteger el principio de igualdad y no discriminación, como así otros derechos humanos como ser el derecho a formar una familia y el gozar de los beneficios del desarrollo o avance científico, como lo es la fertilización con material de un tercero.

Como cierre de este tema y a modo de respuesta integral y conjunta de las dos razones esgrimidas, cabe traer a colación un ensayo (81) elaborado por tres psicólogas argentinas que trabajan hace tiempo con parejas que se encuentran en tratamiento de fertilidad, en el que citan algunos resultados arribados en una investigación realizada por un organismo no gubernamental dedicado al tema en el que se encuesta a 1155 personas. Aquí se pregunta, entre otras cosas, acerca del destino de los embriones. Al respecto, se asevera que en un principio, en un 65 % las personas responden a favor de donar los embriones (82), pero que tiempo más tarde, cuando han logrado un embarazo, retrasan la decisión acerca de qué hacer con sus embriones y terminan por cambiar de opinión, siendo reticentes a la donación. Se dice: "Transcurridos dos o tres años del evento, en aquellos casos en que las parejas tenían un proyecto de vida que incluía más de un hijo, se puede pensar en nuevas transferencias e intentos de embarazo como destino posible de los embriones. Pero cuando el proyecto de segundo hijo se dilata o cesa, la situación es diferente. En tanto se trata de su propio material genético, llegado el momento, a las parejas suele resultarles difícil pensar en la aceptación de la adopción por parte de parejas infértiles. El panorama se hace más complejo porque en las parejas circula la fantasía de gemelaridad, dilatada en el tiempo, sobre todo si ya han logrado un embarazo. También surge la figura de que el material guardado es una suerte de clon del embrión transferido. Más complicado les resulta contemplar la donación para investigación. Algunos, cuando ya tuvieron otros hijos, prefieren descartar los embriones que restan. En todos los casos se posterga el "hacerse cargo" de una decisión que dejaron pendiente. Suponen que con el transcurrir de los años se aclararán los recorridos a seguir. Esta situación es más complicada, pues el significado, la representación y valoración de esos embriones cambian una vez logrado el objetivo deseado. Las posiciones elegidas son reemplazadas en el tiempo. Algunos, en última instancia, aceptan entregarlos para investigación considerando que "podrían ayudar a parejas con problemas reproductivos", como los que ellos padecieron". Como se puede apreciar, la cuestión es compleja y ante los problemas que podrían surgir de un régimen que naciera siendo amplio o de no anonimato, se apela al principio de precaución, siendo que lo que se pone en juego es de suma importancia para no proponer una línea legislativa más cuidadosa que se quiere al receptarse un sistema intermedio como el que propone el nuevo texto civil y comercial. Seguramente la regulación de las TRHA en diversos instrumentos legales (ley de cobertura, Código Civil y Comercial y la ley especial que menciona y a la cual delega varios temas el mismo texto civil) constituyen herramientas hábiles a modo de marco institucional-legal para la implementación de necesarias medidas educativas, pero hasta que ellas se instalen, se debe adoptar una postura legislativa cauta atento los derechos en pugna, justamente, en un ámbito temático en el cual aún abundan tabúes, prejuicios, silencios y algunas contradicciones.

#### 4.3. Avances en materia de filiación adoptiva

Si bien en materia de adopción la regulación data de 1997, post reforma constitucional, lo cierto es que esta regulación no incorporó todos los debates, aportes y miradas a esta institución por parte de la doctrina constitucional-convencional, a lo cual se le debe adicionar los argumentos que proporciona la Corte IDH a esta temática tras la sentencia Fornerón y otro contra Argentina del 27/04/2012.

Por otra parte, el desarrollo jurisprudencial en los últimos tiempos ha sido muy activo, no sólo apelándose en varias oportunidades a la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas como ser la adopción plena (art. 323 del código vigente hasta enero del 2016) para que se mantengan subsistentes vínculos jurídicos —y afectivos— con miembros de la familia de origen (83); o para decretar la adopción plena en situaciones de adopción de integración que el código aún vigente lo establece de manera simple (conf. art.313) (84); o para ampliar la posibilidad de adopción conjunta a parejas no casadas (art. 312, 320 y 337) (85) o flexibilizar el régimen estricto o rígido en materia de apellido del adoptado (misma crítica o puesta en crisis del apellido de las

personas en general) (86) por citar algunos necesarios cimbronazos que ha sufrido el régimen previsto por la ley 24.779 a la luz de la obligada perspectiva constitucional-convencional.

Estas y otras tantas cuestiones son revisadas, modificadas y/o actualizadas en el nuevo Código Civil y Comercial, haciéndose eco también del impacto que ha tenido la ley 26.061 que crea el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en el campo de la adopción, siendo éste la antesala de muchas situaciones que pueden dar lugar a que un niño no pueda permanecer en su familia de origen o ampliada y deba hacerlo en otra familia a través de la figura de la adopción. Este puente entre la ley 26.061 y la adopción se la puede observar en el proceso de declaración de situación de adoptabilidad (con. art. 607) y he aquí otro cambio fuertemente instado por la práctica judicial como lo es regular un proceso judicial autónomo tendiente a analizar si efectivamente se está ante un caso de adopción, es decir, si no es posible que el niño pueda permanecer en su familia de origen. En este proceso, el Código Civil y Comercial menciona de manera precisa quiénes son las partes: 1) del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada y 2) los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes (art. 608 incisos a y b). Y si efectivamente, se considera que **el niño se encuentra en situación de adoptabilidad**, se procede a la selección de los pretensos adoptantes a quienes se les concede la guarda por un plazo temporal (de hasta 6 meses), para después dar lugar al segundo y último proceso judicial: la adopción propiamente dicha, en el que las partes son: 1) los pretensos adoptantes y 2) el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada (conf. art. 617 inciso a).

Las modificaciones en el campo de la filiación adoptiva son varias —algunas obvias y otras no tanto—; pero en el presente trabajo se pretende colocar sobre el escenario una de las cuestiones más complejas que involucra el tema. Nos referimos a la bendita **guarda de hecho**.

Al respecto, el texto aprobado en la Cámara de Senadores y sancionado el 01/10/2014, introduce una modificación que merece ser resaltada.

Veamos, el Anteproyecto de reforma —y también el texto presentado al Congreso de la Nación— disponía como excepción a la regla de prohibición de la guarda de hecho, la existencia de una relación de parentesco entre los guardadores y los padres, como así también, la relación previa de afectividad entre estos mismos actores. Al respecto, cabe destacar una diferencia nada menor: el proyecto en su versión original no reconocía o le otorgaba valor a la existencia de un vínculo afectivo previo entre los guardadores y el niño, sino entre los padres y los guardadores; una distinción fundamental que en párrafos más abajo con un caso de la vida cotidiana se va a poder comprender con mayor exactitud esta diferencia y cuál era entonces, el objetivo del texto del Anteproyecto.

Antes de llevar adelante un breve análisis comparativo entre la regulación proyectada y la sancionada, lo cierto es que es dable destacar que ya hay dos legislaciones locales que regulan el proceso de adopción siguiéndose la línea legislativa del Anteproyecto y no del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. He aquí un problema extra que tendrá la Provincia de Buenos Aires tras sancionar la ley 14.528 y la ley chaqueña, ley 7388. En el primer caso, la postura legislativa tenía su razón de ser porque ella tuvo en miras o tomó como base o guía el texto proyectado en su versión original que admitía dos excepciones a la prohibición de la guarda de hecho: 1) relación de parentesco y 2) relación afectiva previa entre los padres y los guardadores. En cambio, la ley chaqueña fue sancionada en abril del 2014, es decir, ya conociéndose la modificación introducida al art. 611 del entonces proyecto de reforma.

Este posible escenario legislativo de disonancia entre la normativa nacional —cuando esté vigente— y las leyes provinciales genera una gran cantidad de interrogantes que merecen ser explicitados, amén de dejar abierto un nuevo debate de fuerte impacto práctico. Ante una situación fáctica-afectiva o de "socioafectividad" para utilizar una noción que va ocupando su espacio en la agenda doctrinaria y jurisprudencial, en el que los padres —o por lo general, las madres— deciden que su hijo sea cuidado por alguna persona de su entorno directo o indirecto que no sea técnicamente pariente y esto acontece en la Provincia de Buenos Aires o en el Chaco, qué normativa se aplicaría. ¿La ley provincial que admite como excepción el vínculo o relación afectiva entre los padres y los guardadores o el Código Civil que lo prohíbe y que en su excepción no está supuesto? ¿La

guarda de hecho es materia de fondo o procedimental? ¿Si se considera que es una cuestión de fondo, habría una extralimitación de la competencia provincial en materia federal? ¿Ley posterior (nuevo Código Civil) derogaría a ley anterior (provincial)? En definitiva, qué normativa terminaría resolviendo un conflicto como el planteado. La cuestión es más compleja aún, ya que más allá de se pueda defender en abstracto la preeminencia del nuevo Código Civil y Comercial en materia de guarda de hecho, lo cierto es que la decisión final nunca podrá violar **el principio rector en la materia del interés superior del niño** y analizar, según el caso, cómo el afecto previo entre ambas familias y la decisión de una a favor de la otra para que se haga cargo de su hijo, es la consecuencia de **una situación socioafectiva** que la ley no puede silenciar, obviar ni borrar so pena de incurrir en la violación de varios derechos humanos, siendo que **la identidad en su faz dinámica no sólo la titularizan los niños sino también los adultos**, al tratarse de un derecho reflejo o de "ida y vuelta".

¿Esta quita acerca del respeto por el vínculo afectivo propio entre los padres y pretensos guardadores/adoptantes del texto aprobado en Senadores está a tono con el principio del interés superior del niño?

Así como la realidad social es compleja, los casos o situaciones que pueden dar lugar a una adopción son bien variadas y diversas. ¿Todo contacto directo entre los padres de origen —por lo general las madres— y los pretensos adoptantes —guardadores de hecho— responde o se debe a una interacción con ribetes de irregularidad? Si ello no es así, fácil se advierte que descartar de plano de la ley la posibilidad de reconocer que pueda existir una relación previa entre los padres de origen y los pretensos adoptivos fundados en el afecto entre ellos, constituye una decisión errónea porque **sólo se valora el vínculo de parentesco como el único hábil para ser la excepción a la prohibición de la guarda de hecho**.

El siguiente ejemplo clásico coloca en crisis la postura que en definitiva, adopta el nuevo Código Civil y Comercial. Una mujer deja a su hija al cuidado de una vecina para ir a la Ciudad de Buenos Aires por un tratamiento oncológico. Al tiempo y después de varias recuperaciones parciales, de ingresos y egresos institucionales, fallece. ¿Acaso esa vecina que tiene un vínculo afectivo con el niño no tiene un mejor y mayor derecho que cualquier tercero que se encuentra en el registro de pretensos adoptantes? La Corte Federal ya se ha expedido al respecto y ha dicho, como lo hemos destacado, que el registro tiene un rol relevante pero no determinante y que en todo caso, esa vecina debería ser evaluada para conocer en profundidad si se encuentra preparada para adoptar es decir, si tiene capacidad para adoptar pero ostentando un privilegio por ante cualquier otra persona fundado, nada más ni nada menos, que el lazo afectivo y la consecuente identidad dinámica que se ha forjada entre ella y el niño (87).

Es más, si según se desprende del art. 611 en la parte en análisis, la sola excepción a la prohibición de la guarda de hecho es el vínculo de parentesco, también quedaría afuera por ejemplo, la pareja no casada de la madre que fallece o el denominado "abuelo afín", es decir, los padres de la pareja del progenitor de origen o todos los pseudo "parientes afines" que como no hay un matrimonio detrás sino una relación convivencial, no se genera un parentesco desde el punto de vista jurídico y quedarían afuera de esta excepción.

¿Acaso el art. 7 del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061, normativa que ha tenido una fuerte incidencia en la elaboración del libro Segundo del proyecto de reforma del Código Civil dedicado a las relaciones de familia, no reconoce y le da un espacio legal —como el que se merece— a los llamados "referentes afectivos"? Más elocuente es la Opinión Consultiva nro. 21 del 19/08/2014 sobre "Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional" que extiende el concepto de "progenitores" "... a quienes efectivamente constituyen parte de la familia.... Y por lo tanto son titulares de la protección a la familia acordada en los arts. 17 de la CADH". ¿Entonces el vecino con quien ha vivido un niño durante un largo tiempo y ha forjado vínculos de afecto no tendrían ninguna relevancia en el campo de la adopción?

A nuestro entender, el texto que reza el art. 611 del nuevo Código Civil y Comercial parte de un presupuesto —¿prejuicio?— general al presumir que toda relación de afecto que pueda tener un niño con una persona que no sean sus padres o parientes es, de por sí, **una interacción irregular más cercano a la apropiación que a un supuesto de adopción**, lo que no es siempre así. Por ende, si hay excepciones —aunque sean situaciones de este

tenor, excepcionales— ello podría haber sido contemplado por la ley civil y era lo que se pretendía hacer en la redacción originaria del art. 611.

¿Qué sucederá entonces ante un supuesto fáctico-jurídico como el brindado a modo de ejemplo más arriba? Lo de siempre en atención a la fuerza de la realidad que es lo que le da contenido al "interés superior del niño" y paralelamente, el respeto de derecho a la identidad en su faz dinámica. Una vez más, la crudeza del caso y fortaleza del vínculo afectivo será el que tenga la última palabra.

#### 4.4. Algunos cambios y aclaraciones en el campo de la filiación por naturaleza

En el campo de la filiación por naturaleza también se introducen varias modificaciones auspiciadas por la obligada perspectiva constitucional-convencional, básicamente, el principio de igualdad y no discriminación.

Es claro que un régimen como el aún vigente hasta el 31/12/2015 que establece diferencias en materia de legitimación activa de las acciones de impugnación de paternidad según sea matrimonial (más estricta, conf. art. 259) o extramatrimonial (más amplia, conf. art. 263), como así también establece plazos más y menos extensos de caducidad de estas acciones, anual (conf. art. 259) o bianual (conf. art. 263) conculcan el principio de igualdad entre los hijos. ¿Acaso es posible que la identidad de los hijos matrimoniales tenga un régimen distinto al de los hijos extramatrimoniales, qué diferencias existen que sean objetivas o razonables? Ninguna, por ello el nuevo Código Civil y Comercial debía plantear un sistema cuya igualdad sea el principio rector. Así lo hace mediante la regulación de legitimaciones amplias en ambos ámbitos y con un único plazo de caducidad (anual), reconociendo otra crítica muy fuerte en este último aspecto por el dicho plazo de caducidad de las acciones de impugnación sólo pueden empezar a correr cuando se sabe o se pudo saber que un determinado vínculo filial no debía ser mantenido por contrariar, en principio, el dato biológico sobre el cual se estructura el régimen de la filiación por naturaleza pero como vamos a ver, esto no es determinante. Y ello surge del propio texto civil y comercial aunque algunos autores no lo hayan advertido.

Veamos, el art. 589 dedicado a la "impugnación de la filiación presumida por la ley", y he aquí otro cambio auspiciado por el principio de igualdad, esta vez por razón de la orientación sexual ya que al extender la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, se presume el vínculo de filiación del cónyuge de quien da a luz sin importar que sea "padre" u otra "madre", de allí que esta sea la denominación correcta de la acción en análisis.

Esta disposición expresa en su primera parte: "El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz" (88).

Mizrahi ha sido muy crítico de la regulación en el campo filial del nuevo Código Civil y Comercial, no sólo en lo relativo a las TRHA —lo cual lo hace mediante argumentos totalmente discriminatorios (89)— como así también en el campo de la filiación por naturaleza. Sobre este último expresa: "Con sorpresa podrá comprobarse que se siguen los lineamientos actuales, lo que significa decir que tremendas injusticias acontecidas en el pasado podrían volver a repetirse de aprobarse los textos proyectados. Resulta inexplicable que autores que han intervenido en la redacción de las normas comentadas, y que hicieron especial hincapié en la necesidad de 'revalorizar la identidad en su faz dinámica' y estimar que la verdad biológica no debe ser el único principal criterio para el emplazamiento filiatorio, eleven el dato genético —en lo que atañe a las acciones de impugnación de filiación— a la categoría de valor supremo y absoluto" (90).

Este autor se refiere en su crítica, puntualmente, a un trabajo realizado por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm sobre "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", como así también estaría también detrás, la postura que adoptó la primera de las autoras citadas, Kemelmajer de Carlucci quien como integrante de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza en un resonado precedente del 12/05/2005, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del derogado art. 259 por no habilitar entre los legitimados activos al presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial fundado, entre otros argumentos,

en la priorizar la **identidad dinámica** que en el caso se veía plasmado en el vínculo afectivo forjado entre el marido de la madre y el niño, por sobre la **identidad estática**, la cual estaría en cabeza del presunto padre (91).

La observación de Mizrahi no es acertada ya que, tal como se colige fácilmente del texto que observa el art. 589 transcripto, allí se alude de manera directa y precisa **al interés superior del niño como una variable o consideración central a ser tenida en cuenta para hacer lugar o rechazar la acción de impugnación de la filiación presumida por ley**. ¿En qué supuestos se estaba pensando para agregar como otra variable de peso al principio rector del interés superior del niño para hacer lugar o no a la acción de impugnación? Precisamente, **como la identidad dinámica es tan identidad como la estática, es que se debe sopesar en cada conflicto cuál es la vertiente entre estas dos que debe primar**. Es por esta razón que, por ejemplo, en el ejemplo excepcional que se dio que involucra un matrimonio conformado por dos mujeres en las cuales una de ellas queda embarazada por haber tenido relaciones con un tercero o haber apelado a la mencionada técnica "casera", el juez pueda rechazar la acción de impugnación planteada por aquél tercero priorizando el vínculo afectivo —identidad dinámica o posesión de estado— que ese niño haya forjado con la cónyuge de quien da a luz.

Fácil se puede observar que el nuevo Código Civil y Comercial amplía las causales para desvirtuar o no un vínculo filial por presunción legal, siendo "el interés superior del niño" una razón válida para hacer lugar o rechazar una acción de impugnación, situación que se puede probar por "cualquier medio". ¿Acaso la demostración de una posesión de estado de hijo/padre forjada durante diez o veinte años como lo expone Mizrahi no podría ser una razón de peso para que, en el interés del niño, no se haga lugar a la impugnación de la filiación? **El nuevo texto civil le da relevancia a la identidad en su faz dinámica**, a pesar de que autores como Mizrahi sostengan que ello no es así (92).

Esta aseveración se debe complementar con otra cuestión que merece ser destacada. La obligada distinción entre legitimación y hacer lugar o no al planteo de fondo. De este modo, que se adopte una legitimación activa para dar cumplimiento al principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales no quiere decir que siempre se haga lugar a la acción. En otras palabras, se puede estar legitimado pero el juez evaluar en el interés del niño que en el caso puntual se deba rechazar la acción porque el desplazamiento filial sería perjudicial para el interés del hijo. En este contexto, no se le debería temer al sistema de legitimación amplia.

Otra de las cuestiones que han sido criticadas en el campo de la filiación por naturaleza se refiere a la valoración legal de la negativa del presunto demandado en un proceso de reclamación de la filiación que según se dispone en la última parte del art. 579 dedicado a la "Prueba genética", se dice: "Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente".

**El Código Civil y Comercial adopta una postura que se puede denominar "eclectica", diferente a las tres posturas existentes hasta ahora en el derecho argentino que son: 1) indicio, 2) presunción y 3) obligatoriedad**. Es que el nuevo texto civil no sigue como se dice erróneamente, la postura legislativa hasta ahora vigente que regula el art. 4 de la ley 23.511 que se refiere al indicio a secas, sino que **dice indicio grave, es decir, se agrega una palabra que no es menor. ¿Qué valor tiene o qué significa?**

Veamos, Azpiri al comentar un precedente de la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil del 15/06/2012, afirma: "Tal como se puede apreciar, el proyecto de reforma del Código Civil mantiene la caracterización de la negativa como un indicio, lo que posibilita que la polémica puesta de manifiesto en los votos de esta sentencia, continúe en lugar de considerarla como una presunción lo que produciría la ineficacia de la actitud obstruccionista de los demandados" (93). Ello no es así.

Claramente, se puede observar de compulsar el texto derogado del actual, que el mencionado art. 4 de la ley 23.511 se refería al "indicio" a secas; en cambio, la normativa en estudio reza en su última parte que "el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente". Fácil se advierte la equivocación en el que incurro el citado autor, ya que el texto vigente no caracteriza a la negativa "como un indicio" sino, como un "indicio grave", que no es lo mismo. En este mismo error incurre Solari al aseverar: "Como puede verse, se repite la solución contenida en el régimen actual. Por lo que los criterios interpretativos subsistirán. Es decir, la negativa será valorada como un indicio grave contrario a la posición del renuente". Nuevamente, no se advierte que el art. 4 de la ley 23.511 alude al "indicio" a secas y en cambio, el Código Civil y Comercial a "indicio

grave". Con un dato adicional, Solari agrega de manera poco constructiva para el debate la siguiente afirmación: "En lo que respecta a la negativa a someterse a las pruebas biológicas, reproducir lo establecido en el régimen actual, significa, en el mejor de los casos, que quienes hayan tenido a cargo la redacción de estas normas, ignoren los conflictos prácticos en el derecho argentino" (94).

A continuación, se brindan de manera sintética, las razones por las cuales quienes redactaron el nuevo Código Civil y Comercial en lo que respecta al **Título V del Libro Segundo dedicado al derecho filial**, no sólo no ignoran el desarrollo doctrinario y jurisprudencial desarrollado en torno a la negativa a someterse a la prueba genética, sino además se animan a edificar una nueva o cuarta postura doctrinaria y legal que responda acabadamente al principal derecho humano involucrado en el presente conflicto: el derecho a la identidad; tras haberse descartado la posibilidad de receptor la obligatoriedad de las pruebas genética, la línea legislativa propuesta por el equipo de trabajo que tuvo a su cargo elaborar la primera redacción del título en estudio.

¿Cuál es la diferencia entre "indicio" e "indicio grave"? ¿A qué se debe el agregado de la palabra "grave"? ¿Y por qué no se receptó la segunda postura sintetizada, la presunción que además es la mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia nacional?

**Para poder comprender con mayor exactitud la postura que adopta el nuevo texto civil, se debe recordar que en este tema como en todos los que compromete el derecho filial, se encuentra involucrado de manera directa el derecho a la identidad. En el tema en análisis, se trata en principio o por regla, de acceder a la verdad biológica, es decir, a construir la identidad sobre la base de la certeza acerca de los lazos biológicos o "de sangre", más allá de que ello implique o conlleve a una modificación en el vínculo jurídico de filiación; siempre y cuando, la misma identidad dinámica no sea el elemento que deba primar en el interés superior del niño** como se acaba de explicar al comentar el art. 589 del Código Civil y Comercial.

Es claro que tanto el indicio como la presunción son posturas que no logran llegar a la verdad sobre el lazo biológico sino que extraen determinadas consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento como lo es la negativa a someterse a la prueba de ADN. En otras palabras, sólo la compulsividad permite revelar tal verdad pero como se expuso, compromete otros derechos y la Corte Federal ha puesto un límite a esta averiguación del lazo filial "a cualquier costo".

El indicio implica que, amén de la negativa, debe complementarse esa situación con alguna otra prueba. La presunción no, es decir, se carece de ese requisito extra. Una primera lectura parecería que la segunda postura, es más beneficiosa para el emplazamiento filial que se intenta lograr mediante una acción judicial. ¿Pero lo es para la búsqueda final de la verdad biológica? **¿Acaso que exista y que se deba presentar otra prueba que permita reafirmar el lazo biológico además de la conducta negativa que en sí ya "dice algo" no estaría más a tono en esa búsqueda por la verdad biológica?** Este es el interrogante que está detrás de la postura que adopta el nuevo Código Civil y Comercial al referirse, de manera novedosa, **al valorar la negativa a someterse a la prueba biológica como un indicio grave.**

¿Qué significa, entonces que la negativa sea un indicio grave? Que no se necesita, de manera obligatoria o como requisito sine qua non otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación; pero si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica, ella deba ser incorporada al proceso.

En esta línea argumental, la presunción al hacer plena prueba del lazo biológico trae consigo un efecto no querido, un "desentendimiento" o "relajo" probatorio y consigo, la consecuente, orfandad en materia probatoria siendo el único elemento con el que se cuenta la negativa del demandado, presunto padre biológico.

No se debe perder de vista que, tal como se lo ha señalado en varias oportunidades, la ley tiene un valor pedagógico muy fuerte, por lo cual, que el nuevo texto civil destaque que más allá de la negativa al sometimiento a la prueba genética —a la cual se le da un gran valor— pueda ir acompañada de otras pruebas si es que ellas existen o hay posibilidades de ser agregadas al proceso, es una postura legislativa novedosa que está en total consonancia con el respeto por el derecho a la identidad, en este caso, por la identidad en alcanzar la verdad biológica en la mayor medida posible y siempre teniéndose en cuenta todos los derechos involucrados.

## **5. De la "patria potestad" a la "responsabilidad parental"**

### 5.1. La noción de coparentalidad

Como ya se ha adelantado, al considerarse —con cierto— que el lenguaje no es neutro, el nuevo Código Civil y Comercial introduce varios **cambios terminológicos** que llevan consigo un viraje sustancial en el planteo jurídico que propone. Así, la noción de "patria potestad" remite claramente, a la idea del hombre-padre-proveedor, dueño de la casa, de la mujer y de los hijos, todos ellos bajo la "potestad" y sumisión del "jefe de hogar". Por otra parte, si a la gente se le preguntara qué cree que tiene sobre sus hijos, la mayoría no diría una "potestad", sino una gran "responsabilidad". Eso es, ni más ni menos, lo que recepta la reforma, la figura de la **"responsabilidad parental"** —**derogando así la perimida "patria potestad"**— **que nuclea todos los derechos y deberes que nacen del vínculo entre padres e hijos.**

Las modificaciones de fondo en esta institución son varias pero destacamos en esta oportunidad, una de importancia práctica: lo que acontece con los hijos tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres. La ley hoy prioriza a uno de ellos otorgándose la "tenencia" del hijo, restándole al otro progenitor un lugar periférico, concediéndole un derecho de comunicación y supervisión. Este sistema observa tantísimas y variadas críticas. En primer lugar, la noción de "tenencia" —que la reforma cambia por cuidado personal— alude más a los hijos como un objeto ("un trofeo") que al obligado reconocimiento de ellos como sujetos de derechos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del niño. Por otro lado, **cabe recordar, que la ley actual —aún después de la sanción de la ley de matrimonio igualitario— mantiene la preferencia materna en la "tenencia" de los hijos menores de 5 años cuando se trata de una pareja de diverso sexo, prioridad que cede cuando se trata de parejas de igual sexo en el que sólo se debe observar el mejor interés del hijo.** ¿Acaso las mujeres somos, a priori y en abstracto, fundado en la supuesta "naturaleza", las mejores cuidadoras de nuestros hijos? **Este régimen unilateral en la atribución del cuidado de los hijos, no sólo perjudica a quienes se debe beneficiar en primer término, los niños, sino también a los hombres y a las mujeres, a quienes se nos sigue asignando el rol —y la carga y culpa— de principales cuidadoras de nuestros hijos.**

¿Cuál es el mejor sistema legal que cumple con el derecho humano de todo niño a tener vínculo con ambos padres en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (conf. art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño)? El de **"coparentalidad"**. Si mientras los adultos convivían bajo el mismo techo, ambos llevaban adelante de manera indistinta diversos actos de la vida cotidiana de los hijos, comprometiéndose y responsabilizándose por igual en su crianza; que ello no se vea impedido por el hecho de que los padres pasan a vivir en dos hogares diferentes.

Con este sistema que siguen varias legislaciones comparadas —incluso aquellas que siempre han sido muy conservadoras como la chilena que acaba de aprobar por una comisión mixta del Congreso de la Nación un proyecto de ley de cuidado personal compartido (95)— no se duda, que se beneficia todo el grupo familiar. A los hijos, porque mantienen intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. A los padres, porque ambos siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad hacia sus hijos, evitando conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas "visitas", cuyo padre se empieza a alejar del hijo y al tiempo deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, cuan "efecto dominó" que después es muy complejo revertir. En este contexto, el régimen de "coparentalidad", no sólo es el que responde al principio del "mejor interés del niño", sino también el que beneficia a cada uno de los integrantes de la familia y además, la ley coloca, de este modo, su máximo esplendor en su papel pedagógico y preventivo.

### 5.2. Algo sobre la familia ensamblada

"Los tuyos, los míos y los nuestros" son otra realidad familiar que muestra la sociedad actual desde hace tantísimo tiempo. Además del aludido aumento en la perspectiva de vida, la mayor aceptación social y consecuente baja en la estigmatización del divorcio —entre otras causas— han dado paso a la configuración de diversas formas de familia como ser las "familias ensambladas"(96). Se trata de nuevos núcleos familiares que se generan a partir de la formación de nuevas parejas (matrimonial o convivencial), en las que uno o ambos integrantes vienen, a su vez, de una relación de pareja anterior (matrimonial o convivencial) de la cual ha habido hijos, pudiendo también haber hijos de esta nueva unión.

Sólo en los cuentos infantiles quedan esas imágenes de "madrastras" y "padrastrós" desaprensivos y dedicados a alejar a los hijos de sus padres-parejas. En la realidad, estas personas son referentes afectivos de importancia en la vida de los niños que la ley no puede ni debe silenciar. ¿Si por alguna razón un padre no llega a ir a buscar a la escuela a su hijo quien quiere ir a jugar a la casa de un compañero, no podría ir su pareja y autorizarlo a esa salida recreativa beneficiosa para el niño? No se trata de quitarle el lugar a los padres o a uno de ellos —por lo general, el no conviviente— quienes tienen roles bien marcados en la ley y en la sociedad; sino de ampliar el espacio al facilitar que algunas funciones de cuidado también puedan ser ejercidas por quienes han logrado un lazo afectivo con los niños.

El nuevo Código Civil y Comercial regula ciertos derechos y deberes a cargo de los llamados "progenitores afines". En primer lugar, éstos tienen la obligación de cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja pudiendo, incluso, llevar adelante actos relativos al ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. Además, en determinadas circunstancias, puede hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede hacerlo (por ejemplo, cuando debe alejarse de manera transitoria por razones laborales o de salud al tener que hacer un tratamiento prolongado fuera de su lugar de residencia), o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental. En supuestos excepcionales y de carácter subsidiario, el progenitor afín puede contribuir a la manutención alimentaria. ¿Cuál es el fundamento de esta decisión legislativa? El ya mencionado principio de solidaridad familiar. Veamos la siguiente situación fáctica. Una mujer que convive en pareja con la madre de un niño es quien se hace cargo de abonar la cuota del colegio privado. A mitad de año se produce el cese de la unión; si ello implicara automáticamente, el desinterés patrimonial por parte de quien era la progenitora afín, es probable que el niño no pueda continuar sus estudios en el establecimiento escolar al cual estaba concurriendo. En ese marco y siempre en beneficio del niño, se podría solicitar —si es que el progenitor afín se opone hacerlo de manera voluntaria— solicitar al juez la cobertura de la cuota escolar hasta que culmine el año lectivo para que su madre puede, a fin de año, planificar con tiempo el cambio a un colegio estatal o uno privado con una cuota más accesible para quien es el principal obligado a los alimentos: los padres.

De este modo, el nuevo Código Civil y Comercial sigue la línea legislativa propuesta de ampliación de derechos derivado del reconocimiento de otras formas de organización familiar, y por lo tanto, de un mayor número de relaciones de afecto.

### 5.3. Alimentos a los hijos mayores de edad y ¿desprotección del progenitor conviviente? (97)

Siguiendo con el loable objetivo de focalizar en aquellas normativas que han sido criticadas o que han generado fuertes debates en la doctrina nacional, se trae a colación la solución que propone el nuevo Código Civil y Comercial en el supuesto especial bastante cotidiana— acerca de quién cobra los alimentos a favor del hijo mayor de edad entre los 18 y 21 años cuando éste convive con uno de los progenitores, por lo general, con las madres. ¿Quién cobra los alimentos? ¿El hijo, la madre o ambos?

Al respecto, cabe recordar que la ley 26.579 disminuyó la edad en la cual se adquiere la mayoría de edad a los 18 años pero que, por aplicación de los principios de realidad y solidaridad familiar, se mantiene la obligación alimentaria a cargo de los padres hasta los 21 años. Esta modificación introdujo un gran debate acerca de quién cobra los alimentos en esa franja entre 18 a 21. Si el hijo porque ya es mayor de edad o si el progenitor conviviente (por lo general, la madre) que es con quien vive el hijo. Aquí se escucharon, básicamente, dos posturas: 1) que el padre cumple su obligación alimentaria si se los abona al hijo mayor de edad (98) y 2) que seguía facultado el progenitor conviviente a seguir cobrando la cuota alimentaria porque, de lo contrario, la mujer se encontraría perjudicada si su hijo no colaboraba con parte de la cuota alimentaria que recibe para poder hacer frente a los gastos del hogar en el que vive con la madre y que antes llegaba a cubrir estos gastos con esa cuota alimentaria que ahora pasaba a cobrar el hijo (99).

¿Por qué postura se inclina el Código Civil? Introduce una postura intermedia y no salomónica (el hijo o la madre). De manera novedosa y equilibrada, se entiende que si un joven convive con un progenitor, es posible dividir la cuota alimentaria en dos para que la parte que se refiere a los gastos del hogar sean abonados por el padre a la madre y la otra parte restante, el padre cumple su obligación si le entrega el dinero que corresponde al

hijo para los gastos de su vida diaria. De esta manera, las mujeres no se ven perjudicadas por la mayoría de edad de los hijos quienes es sabido que desde el punto de vista sociológico, los hijos permanecen a pesar de la mayoría de edad conviviendo con sus padres.

## 6. A modo de cierre

Corto, breve y contundente.

Como lo ha expresado el inglés Charles Darwin: "No es el más fuerte de las especies el que sobrevive, tampoco es el más inteligente el que sobrevive. Es aquel que es más adaptable al cambio". **El Código Civil y Comercial del 2014 nos enfrenta a una nueva y necesaria etapa la cual estará signada, básicamente, por la ineludible interpelación a todos los operadores del derecho acerca de cuán dispuestos, abiertos y flexibles se está para adaptarse al cambio que propone esta nueva institucionalidad.** Interpelación que se vuelve un tanto más compleja tratándose de las relaciones de familia, siendo éste el ámbito más sensible y proclive a defender —de manera abierta o solapada— actitudes prejuiciosas, discriminatorias y conservadoras, que se resisten a reconocer que las realidades sociales —y en particular las familiares— han cambiado y que no "todo tiempo pasado ha sido mejor"; máxime cuando este tipo de aseveraciones nostálgicas constituye una gran falacia porque la ley debe estar para resolver y/o prevenir los conflictos de hoy y de un mañana cercano.

Actualizar, modernizar y renovar el texto legal que rige la vida cotidiana de las personas era una deuda pendiente de larga data. En buena hora ha sido saldada.

Es momento de despedir de pie —a modo de reconocimiento— al Código Civil de Vélez Sarsfield —con algunas reformas parciales, cuan parches— y a la vez, darle la bienvenida al Código Civil y Comercial de la Nación, agradeciendo a un grupo de juristas que de manera comprometida y responsable han dado vida a un nuevo y merecido texto, fruto de la democracia, y el desarrollo y consolidación de la doctrina internacional de los Derechos Humanos.

Como lo he afirmado en más de una oportunidad, se trata de seguir subiendo peldaños en esta búsqueda constante e incesante por una sociedad más igualitaria inclusiva y plural. Este era el momento para hacerlo; antes, no se hubiera comprendido y por lo tanto, no se hubiera logrado [\(100\)](#). A seguir trabajando/construyendo.

(\*) Este trabajo sigue la línea de trabajos anteriores que pretenden focalizar en algunas de las tantas modificaciones que introduce el Código Civil y Comercial de la Nación en el libro Segundo sobre "Relaciones de familia" y otras normativas por fuera de este Libro pero que impactan en él de manera directa como ser los arts. 19, 20, 21, 25 y 26 por destacar los más importantes (conf. tiene como antecedente directo tres trabajos, "Sobre familias en plural. Reformar para transformar", Revista UCES, Buenos Aires, 2013, p. 105 y ss.; "Familias e identidades: la lógica de los cambios", Revista Desafíos, año 3, nro. 4, ps. 50-59 y "La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar", Revista Derecho Privado, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año II, número 6, Buenos Aires, 2013, p. 109 y ss).

(1) ROUDINESCO, Elizabeth, La familia en desorden, Anagrama, Buenos Aires, 2004.

(2) El impacto de legislaciones más nuevas, más novedosas, más acorde con la perspectiva de Derechos Humanos que, en definitiva, descolaron al Código Civil es advertido en los Considerandos del decreto 191/2011 que crea la comisión de reforma al afirmarse "Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos". De este modo, a una voluntad política sincera y firme de modernizar la legislación civil forzada por una realidad legal que desentonaba con el Código Civil de Veléz Sarsfield con una enorme cantidad de parches, que en muchas ocasiones más que traer luz o actualidad, generó fuertes debates como por ejemplo, la cuestión de la determinación de la filiación tras extenderse la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo por la

ley 26.618. Sólo a modo de pantallazo sobre este acalorado debate que se repotenció con el decreto 1006/2012, ver González Magaña, Ignacio, "Algunas reflexiones en relación al decreto 1006/2012 y la inscripción de hijos menores de matrimonios entre personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618", Revista de Derecho de Familia y de las Personas", (noviembre), La Ley, 2012, p. 63; Galli Fiant, María, "¿Una filiación sin fuente o una filiación por 'voluntad política'? A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 1006/12, MJ-DOC-5930-AR; Von Opiela, Carolina, "El cambio de nombre como derecho", Derecho de Familia y de las Personas 2014 (abril), p. 239; Sambrizzi, Eduardo A., "El relativismo moral y el derecho de familia", LA LEY 2013-C, 725; Fernández, Silvia E., "Actualidad en Derecho de Familia 10/2012", Cita Online: AP/DOC/4150/2012; Starópoli, María del Carmen, "El decreto que perturba y falsifica la identidad del menor ¿Vale todo?", La Ley Online AR/DOC/1700/2013.

(3) <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, compulsada el 12/10/2014.

(4) BIDART CAMPOS, Germán, "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)", LL, 1997-F-145. Una síntesis sobre los principales aportes de este recordado profesor a la obligada perspectiva constitucional del derecho de familia se puede observar en Krasnow, Adriana, "El derecho de familia y el Derecho Constitucional. Los aportes del prof. Germán J. Bidart Campos desde su disciplina de pertenencia", Revista Investigación y Docencia nro. 40 en [http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40\\_16.pdf](http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_16.pdf) compulsada el 22/04/2013.

(5) LORENZETTI, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY 2012-C, 581.

(6) CSJN, 13/07/2007, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", en <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=1951> (compulsado el 15/10/2013).

(7) Corte IDH, 29/11/2011, "Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, Participación de las Niñas", en [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala\\_29\\_11\\_111.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf); 24/02/2012, "Atala Riffo y Niñas c. Chile", LL AR/JUR/13845/2012. Para profundizar sobre los alcances de este caso, se recomienda compulsar, entre otros: Culaciati, Martín Miguel; Rodríguez Iturburu, Mariana, "Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 1; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual", 28/03/2012, en LA LEY 2012-B, 1254; De Lorenzi, Mariana A., "Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 289; Spaventa, Verónica, "¿Interés superior de las niñas o discriminación a la madre en razón de su orientación sexual?", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 177.

(8) Corte IDH, "Fornerón, e hija v. Argentina", 27/4/2012, cita online: AR/JUR/27523/2012. Para profundizar sobre este fallo ver entre otros: Oliva, Graciela Alicia, "Análisis del fallo F., L. — CIDH. Un caso único y puntual", en elDial DC1B6B; Barreiros, Lucas E.; Uman, Nadia, "Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, N°58, p. 17 y ss.; Trucco, Marcelo F., "Derecho a la protección de la familia, identidad e interés superior del niño en una nueva sentencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en RCyS 2012-VIII, 259; Junyent de Dutari, Patricia, "Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH", en LA LEY 2013-A, 161, Yuba, Gabriela, "La responsabilidad del Estado en la realización de los derechos del niño y las garantías judiciales", en DFyP 2012 (agosto), 99; Ibarlucía, Emilio A., "Guarda de niños con fines de adopción. Lecciones del fallo "Fornerón" de la CIDH", en LA LEY 05/06/2014, p. 1, entre otros.

(9) Corte IDH, "Asunto L.M. c. Paraguay", 27/04/2012, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/21-medidas-provisionales>, 14/10/2014.

(10) BASSET, Úrsula C., "El matrimonio en el Proyecto de Código", LA LEY 2012-E, 912

(11) Corte IDH, "F. y O. v. Argentina", 31/08/2012, Citar Abeledo Perrot N°: AP/JUR/3074/2012; con nota de Hiruela de Fernández, María del Pilar, "La consolidación de deuda pública y la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", La Ley, Cita Online: AP/DOC/52/2013; Olivero, Eduardo R. — Fernández, Yanina V., "La Corte IDH, el caso 'Furlán' y la efectividad del Recurso Extraordinario Federal", DJ 17/04/2013, La Ley, p. 3; Yuba, Gabriela, "Acerca del caso 'Furlán'. Sobre los derechos y garantías comprometidos. La sentencia y reparación dispuesta por la Corte IDH", RCyS 2013-III, La Ley, p. 276.

(12) Este fallo será retomado con mayor amplitud —pero no tanto, por razones de espacio— más adelante, analizar el artículo que era famoso antes de ser sancionado, el art. 19.

(13) Corte IDH, "Asunto B. Medidas provisionales respecto de El Salvador", 29/05/2013, Cita online: AR/JUR/18808/2013, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Asunto B. Medidas provisionales respecto de El Salvador", 29/05/2013, LA LEY 2013-D, 469, con nota de Monterisi, Ricardo D., "Medidas cautelares, provisionales y tutela urgente interamericana", LA LEY 2013-D, 468

(14) LORENZETTI, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY 2012-C, 581.

(15) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial - Nuevos paradigmas", DFyP 2012 (julio), 141 y ss.

(16) Berbere Delgado, Jorge C., "El interés superior del niño como pauta de decisión en problemáticas relativas a la reproducción humana asistida", 13/05/2014, Revista de Derecho de Familia y Sucesiones on line.Cita: IJ-LXXI-592.

(17) STARÓPOLI, María del Carmen, El interés superior en la adopción homoparental. —Entre lo que se quiere y lo que conviene—, DFyP 2012 (diciembre), 01/12/2012, p. 19 y ss.

(18) Y también es aceptado por la sociedad. En este sentido, cabe traer a colación una nota periodística en el que se dijo: "Divorcio, adopción y acuerdos prenupciales: los más apoyados del nuevo Código civil. En una encuesta realizada por la consultora Ibarómetro, más del 70 por ciento de los entrevistados se manifestó de acuerdo con éstas tres normas". En este marco, se afirmó "El amplio apoyo que suscitan algunas de las novedades normativas del nuevo Código ilustra una serie de transformaciones culturales, relativas a nuevos

hábitos y actitudes, que no estaban reflejadas en la ley vigente', opinó el sociólogo Ignacio Ramírez, quien conduce la consultora responsable de la encuesta". Y agregó: "Además de silenciosos, los cambios culturales tienen una velocidad distinta a la velocidad con la que cambian las instituciones y las leyes, que tienen cierta inercia. Los valores han evolucionado en una dirección de creciente libertad a la hora de elegir y diseñar el tipo de hogar, familia y pareja que se ajusta a los deseos y circunstancias de los diferentes segmentos de la sociedad. Una sociedad, en definitiva, que ha cambiado y diversificado sus modos de vivir y de pensar y que estaba a la espera de textos normativos menos disfuncionales, y más congruentes con tales diversidades" (conf. nota de Info news del 07/10/2014 e <http://www.infonews.com/2014/10/07/sociedad-165995-divorcio-adopcion-y-acuerdos-prenupciales-los-mas-apoyados-del-nuevo-codigo-civil-codigo-civil-nuevo-codigo-civil.php>. Compulsado el 12/10/2014).

(19) Declaración del 26/07/2012 en <http://www.academiadederecho.org.ar/pdfs/25.pdf>

(20) Este trabajo sigue la línea argumental, ideológica y/o doctrinaria que expone Aída Kemelmajer de Carlucci en los dos artículos que mejor se han sintetizado el por qué reformar y cuáles son algunos de sus principales aportes al derecho de familia contemporáneo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 287 y ss. y de manera más reciente, el artículo sobre "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", Revista La Ley, 08/10/2014, p. 1 y ss. Cita Online: AR/DOC/3592/2014).

(21) Para profundizar sobre el tema ver entre otros, Herrera, Marisa, "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado" en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Marisa Graham y Marisa Herrera (directoras), Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, ps. 275 y ss.

(22) MIZRAHI, Mauricio L., Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto, LA LEY 2012-D, 888.

(23) SAMBRIZZI, Eduardo A., "La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express", DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, p. 90 y ss.

(24) Para profundizar sobre este tema ver Ortiz Diego, "Las nuevas parejas LAT ('living apart together') en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Microjuris, 29/11/2012, Cita: MJ-DOC-6088-AR | MJD6088.

(25) ¿Cuál habría sido la intención real al incluir en la comisión de daños de las próximas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizarán los días 1, 2 y 3 de octubre del 2015 en la ciudad de Bahía Blanca organizadas por la Universidad Nacional del Sur los "daños en el derecho de familia" como eje temático? (conf. <http://jndcbahiablanca2015.com/>).

(26) BERTINI, Adriana S., "El levantamiento de las medidas cautelares y la disolución de la sociedad conyugal", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 49; De la Torre, Natalia, "La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares", "Revista

Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 59, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 131; Bladilo, Agustina; Cardella, María Cecilia; Germain, Marianela L.; Leiva, Anabella; Vicente Herrero, Federico G., "El amor es eterno mientras dura. El lado positivo del divorcio sin expresión de causa", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 59, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 23; Chechile, Ana María, "El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 167; D'Acunto, Claudia, "Más de una razón para eliminar la separación personal en la próxima reforma legislativa", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 157; Bísvaro, Beatriz R.; Santángelo, María V., "El respeto a la autonomía de la voluntad en la sentencia de divorcio". SJA 29/12/2010; Kielmanovich, Jorge L., "Apostillas sobre el proceso de divorcio en el Proyecto de Código", LA LEY 23/09/2014, 1; PELLEGRINI, María V., "Del divorcio causado al divorcio sin expresión de causa en Derecho Privado. Reforma del Código Civil V. Familia y Sucesiones", año II, nro. 6, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2013, p. 223; BACIGALUPO DE GIRARD, María, "El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación", en "La Familia en el Nuevo Derecho", Aída Kemelmajer de Carlucci (directora) y Marisa Herrera (coordinadora), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, T. I, pp. 409 y ss.; HERRERA, Marisa, "Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 44, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 75 y ss.; Culaciati, Martín Miguel, "Reinterpretación del divorcio", LA LEY 2013-D, 995.

(27) BIGLIARDI, Karina A. y De Oliveira, Juan José, "¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado", Revista Derecho de Familia y Persona, 2012 (septiembre), 01/09/2012, p. 103 y ss.

(28) CNCiv., sala H, 07/08/2014, K. O. N. c/ B. P. E. | divorcio art. 215 CCiv., Cita: MJ-JU-M-87595-AR | MJJ87595.

(29) Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, "D. Z. Y V., C. A. S/ DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA", del 31/07/2013, publicado en <http://www.nuevocodigocivil.com/divorcio-vincular-fallo-declaracion-inconstitucionalidad-del-articulo-215-del-codigo-civil/> compulsada el 16/10/2014.

(30) Tal como ha sostenido nuestra Corte Federal: "dentro del marco del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura del constitucionalismo social, sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio", CSJN; "Missart, Miguel A." JA 1990 II 379. En esta misma línea y citando uno de los fallos más recientes en un caso en el que se debatía extender el bien de familia a las parejas no casadas, la Sala M en fecha 16/05/2014 sostuvo: "Excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues con aquélla restricción se vulnera el principio de autonomía de la voluntad que resulta ser uno de los pilares sobre los que se asientan los derechos humanos y sus implicancias (...)", agregándose: "No hay razón alguna que justifique hoy la discriminación sobre el alcance de este último cuando la familia es de carácter convencional y no matrimonial. Mucho menos si la desigualdad se produce respecto del tipo familiar de hecho cuando no existen hijos en común (...)" (conf. CNCiv., Sala M, "Ceber, Juana c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara", 16/05/2014, LA LEY 2014-E, 176).

(31) En buena hora, la obligada mirada constitucional-convencional cuya Corte Interamericana de Derechos

Humanos como máximo intérprete regional ha sostenido que en la Convención Americana no se defiende ni se protege un solo modelo de familia, es la respuesta más elocuente ante afirmaciones que ya hoy en día se podrían afirmar que han sido superadas como las que expone Sambrizzi citando a otros autores. Al respecto trae a colación que Catalina Arias de Ronchietto destacó en alguna oportunidad "en una nota en la que subraya la defensa e importancia de la familia matrimonial, que la concreción de su prioridad 'exige la defensa y ratificación de su régimen jurídico integral, específico, exclusivo y excluyente respecto a toda otra forma de uniones familiares fácticas...", debiendo la familia matrimonial ser protegida por la sociedad y el Estado, de acuerdo a las declaraciones internacionales que nuestra Constitución acogió en el año 1994". Y por su parte, Basset habría informado sobre "experiencias del derecho comparado demuestra que la regulación de las uniones de hecho causan inestabilidad e inseguridad jurídica, ahondan la desigualdad real de oportunidades y la inequidad, causan mayor desorden y violencia en la sociedad, debilitan los vínculos de parentesco y la solidaridad intergeneracional, además de no cumplir funciones familiares eficientes y generar un vínculo asistencialista del Estado", siendo interesante conocer bajo qué metodología de indagación sería se habrían arribado a conclusiones tan generales y elocuentes cuyo objeto de investigación en sí mismo es imposible de ser analizado en profundidad para arribarse a conclusiones de tal envergadura (conf. Sambrizzi, Eduardo A., "Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código", DJ 12/12/2012, 97 y LL, 2013-A, 500. Cita Online: AR/DOC/4619/2012).

(32) Información disponible en [http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos\\_totalpais.asp](http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp)

(33) Al respecto, cabe traer a colación las conclusiones arribadas en un estudio sociojurídico en el que se entrevistó a 500 personas unidas de hecho. En este marco se indagó sobre las "motivaciones" para no casarse y las respuestas eran de diferente tenor, demostrándose la variedad en las razones por las cuales las personas no contraen nupcias. Allí se dijo: "El análisis de los principales motivos para no casarse, observado a través de las categorías del Índice de Nivel Socioeconómico (NSE), revela que las respuestas referidas a que 'No hay diferencia entre convivir y casarse' son más frecuentes en el nivel medio (40%) y medio-alto (38%). La ausencia de 'Recursos económicos necesarios', en tanto motivo para no casarse, se distribuye principalmente entre el nivel bajo (23%), medio-bajo (19%) y medio-alto (19%). La otra categoría fuerte relacionada con el rechazo a la institución matrimonial, 'Los papeles y las formalidades no sirven para nada', se encuentra mayormente concentrada en el nivel socioeconómico medio (28%). Por último, 'Asigna a esta etapa un carácter de prueba previa al matrimonio' tiene una presencia marcadamente menor en los niveles más bajos, concentrándose en el nivel medio (16%), medio-alto (18%) y alto (17%)" (Tófaló, Ariel y Scardino, Marisa, "Las familias constituidas a partir de una unión de hecho. Un estudio sociojurídico", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 35, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 198.

(34) Un fuerte crítico de esta postura legislativa (y de tantas otras decisiones en la regulación de las relaciones de familia), es Solari quien ha afirmado: "En la ideología del Proyecto campea la distinción —arbitraria por cierto— de que el matrimonio es la única institución que produce efectos jurídicos patrimoniales —régimen de bienes y vocación sucesoria—; mientras que las uniones convivenciales, en aplicación del supuesto ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluye consecuencias patrimoniales. Sin embargo, quien ha sostenido una comunidad de vida durante un tiempo prolongado —al menos dos años— exterioriza su voluntad todos los días, en cada momento y frente a terceros aquélla comunidad de vida. La autonomía de la voluntad no se expresa solamente por la registración en el acto matrimonial" (Solari, Néstor E., "Los modelos familiares en el Proyecto de Código", DFyP 2013 (julio), 01/07/2013, 35. Cita Online: AR/DOC/2249/2013).

(35) CÓRDOBA, Marcos, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación", Revista Derecho Privado y Comunitario, 2012-2 sobre "Proyecto de Código Civil y Comercial-I", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 357 y ss.

(36) Cabe recordar el resonado caso *Burden v. Reino Unido* del 29/04/2008, en el que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que no es discriminatoria la diferencia de trato entre una unión convivencial homosexual y la que encuentra conformada por dos hermanas. En este caso se ponía en tela de juicio el tratamiento fiscal diferente en el Reino Unido a las parejas casadas como unidas civilmente, que a dos hermanas que habían vivido toda la vida juntas. Al respecto, merece destacarse el párrafo 62 de la sentencia en el que se afirma que la relación entre hermanos es cualitativamente de una naturaleza diferente a la existente entre las parejas casadas y la de homosexuales socios civiles bajo la Ley de Unión Civil del Reino Unido. La esencia misma de la relación entre hermanos es la consanguinidad, mientras que una de las características definitorias de un matrimonio o unión civil es que está prohibido a los miembros cercanos de la familia. El hecho de que los solicitantes hayan optado por vivir juntos toda la vida de adultos, al igual que muchas parejas casadas y las unidas civilmente, no altera esta diferencia esencial entre los dos tipos de relación. Por lo tanto, se entendió que es constitucionalmente válido que una ley regule diferente una situación de la otra. Así lo hace el proyecto de reforma (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída— Herrera, Marisa y Romero, Clara, "Actualidad del TEDH 1/2012. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de familia, persona y bioética, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2012-II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 304 y ss.)

(37) Para profundizar sobre este tema recomendamos compulsar, entre tantos trabajos: Arianna, Carlos A., "La extinción de los regímenes patrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 64, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 49; Molina de Juan, Mariel F., "Los límites a la libertad en el Régimen de Bienes", 15/10/2014, Id Infojus: NV9244; Scocozza, Romina D., "Reformas proyectadas al régimen patrimonial del matrimonio: las deudas de los cónyuges en la comunidad de ganancias y en la separación de bienes", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 60, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 67; Moreno de Ugarte, Graciela M., "Las capitulaciones matrimoniales en el proyecto de reforma del Código Civil", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 60, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 23; Tavip, Gabriel E., "El 'extraño' régimen de separación de bienes del matrimonio, en el derecho argentino", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 60, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 79; Walczack, Maria Leticia, "Bienes propios y gananciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 60, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 37; Fourcade, Antonio D., "Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges. Su tratamiento en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 145; Molina de Juan, Mariel F., "Cuando calificar los bienes del matrimonio no es una cuestión de azar", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 157.

(38) Para profundizar sobre este tema recomendamos compulsar entre otros: Molina de Juan, Mariel F., "Las compensaciones económicas en el divorcio", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 59, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 143; Molina de Juan, Mariel F., "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 57, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 187; Pellegrini, María Victoria, "Convivencia con papeles o ¿sin derechos?", "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 254.

(39) Para profundizar sobre esta crítica ver Arianna, Carlos, "Convenciones matrimoniales y contratos entre

cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 66, septiembre 2014, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 131 y ss.

(40) SCJ, Mendoza, Sala 1ª, 12/05/2005. En autos "L. C. F. por la menor A. M. G. c. A. C. A. G. P. A. C" p/ Filiación s/ Inst. Cas.", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2005-III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 165 y ss.

(41) SCBA, 05/04/2013, "M., J. F. c. M., E. J. s/ filiación — impugnación de paternidad", ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/21757/2013.

(42) SCBA, L., J. A. c. J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad, 28/05/2014, Cita online: AR/JUR/21650/2014

(43) Ver HERRERA, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 66, septiembre 2014, Abeledo Perrot, p. 75 y ss.

(44) BASSET, Úrsula Cristina, "La democratización de la filiación asistida", Revista La Ley, 16/10/2014, p. 1 y ss. Cita Online: AR/DOC/3594/2014

(45) Ver entre tantos otros; Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY 2010-E, 977; Lloveras, Nora; Mignon, María Belén, "La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil", SJA 17/8/2011; Krasnow, Adriana N., "La filiación en el hoy y en el mañana", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs.As., 56-155, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2776/2012; Gil Domínguez, Andrés, "Comaternidad y copaternidad igualitaria", LA LEY 2012-B, 1251; Herrera, Marisa, Adopción y ¿homo-parentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda", SJA 22/9/2010; Kemelmajer de Carlucci, Aída — Herrera, Marisa — De la Torre, Natalia, "Adopción y orientación sexual. El sexo de los progenitores y la regla del doble vínculo filial", LA LEY 2013-B, 596; López Faura, Norma V., "El acceso a la filiación adoptiva en las actuales configuraciones familiares según la reforma del Código Civil", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia N° 58, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs.As., 121.

(46) CNCiv., sala J, 13/09/2011, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias", LA LEY, 2011-E, 435. Cabe señalar que a pesar de encontrarse apelada la resolución de la Alzada, el centro médico procedió a transferir los 5 embriones, los cuales no anidaron o al menos, no siguieron su curso. ¿Sería un caso cuya resolución habría devenido abstracta o involucra un tema de interés social para evitar este tipo de planteos y así, la Corte Federal debería seguir los lineamientos adoptados en el resonado caso "F.A.L" del 13/03/2012 sobre el aborto no punible?

(47) La Corte Federal no se refiere sólo a la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, sino también extiende con menor fuerza operativa, a otros instrumentos internacionales. Así, en el caso La Corte Federal en el caso "Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional — Ministerio de Relaciones Exteriores — Provincia del Chubut", del 06/08/2013 afirmó que "Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el caso, Informe 30/97—, aun cuando en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, tienen valor para

motivar acciones del Estado Argentino; otra conclusión no solo prescindiría del contexto del tratado sino que iría contra su objeto y fin, al optar por la interpretación que tiende a debilitar y quitar "efecto útil" al sistema de peticiones individuales consagrado en los arts. 44 a 51 del Pacto, sin tener en cuenta que "el sistema mismo de la CADH está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (del voto del Doctor Petracchi) (CSJN, 06/08/2013, "Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional — Ministerio de Relaciones Exteriores — Provincia del Chubut", SJA 11/09/2013, 27 con nota de Susana Albanese, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana", en Abeledo Perrot N°: AR/JUR/38982/2013). El destacado nos pertenece.

(48) En lo personal, reconozco que me hubiera sentido más cómoda con otro texto legal, como el que se ha propuesto en algún evento académico y desde allí se ha difundido y ha contado con adhesiones de movimientos de mujeres, de grupos LGBTI y el CETCE (Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología). Nos referimos a la siguiente redacción: "Artículo 19. A los efectos civiles, la existencia de la persona como titular de derechos y obligaciones comienza con el nacimiento con vida, sin menoscabo de los derechos que le correspondan durante el período de gestación" (conf. "El art. 19: ciencia y derecho" por Otilia Vainstok en Página 12 del 05/10/2014 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-256869-2014-10-05.html>). Pero como se suele decir "la política es el arte de lo posible". Las leyes también son política y la redacción elaborada en el marco de la comisión creada por el decreto 191/2011 era el texto posible.

(49) BUERES, Alberto (director) y HIGHTON, Elena (coordinación), Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 1ra reimpression, Tomo 1-A, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 505.

(50) Considerando 13, CSJN, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13703/2012, F. 259. XLVI.

(51) Cabe recordar que el texto del Anteproyecto decía: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

(52) "Desde la segunda mitad del siglo pasado, las ciencias biomédicas han presentado avances de enorme magnitud, muy particularmente en el campo de la reproducción asistida. Ello ha llevado, precisamente, a que el 10 de diciembre de 2010, el fisiólogo Robert Edwards, de la Universidad de Cambridge, fuera galardonado con el premio Nobel de Medicina por su método de tratamiento contra la infertilidad basado en la transferencia de embriones criados in vitro, método que había comenzado a desarrollar en los años cincuenta junto con su compañero, el ginecólogo Patrick Steptoe..." (FARNÓS AMORÓS, Esther, Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposiciones de embriones, Atelier, Barcelona, 2011, p. 19).

(53) ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica, Casado, María y Luna, Florencia (coordinadoras), en Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica, Civitas— Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p. 173.

(54) Cabe recordar entre las primeras legislaciones la ley sueca de Inseminación artificial de 1984 y la ley española 35/1988 derogada por la ley 14/2006, debiéndose tener en cuenta también el reconocido "Informe Warnock" de 1984 que constituyó un documento de relevancia sobre las técnicas de reproducción asistida, inspirador de varias de las regulaciones de esa época.

(55) [www.ellitoral.com/index.php/diarios/2012/08/11/nosotros/NOS-18.html](http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2012/08/11/nosotros/NOS-18.html)

(56) Ver <http://www.eshre.eu/> y también ver <http://www.asrm.org/> para tener un panorama general de los avances en reproducción humana asistida en dos ámbitos geográficos en los cuales se realizan y publican diferentes investigaciones en esta materia que dan cuenta de su desarrollo y perfeccionamiento y a la vez, de la realidad de este tipo de prácticas.

(57) Por citar algunas, la ley 14.209 de la provincia de Buenos Aires reglamentada mediante el Decreto 2980/2010 del 20/12/2010, modificado por el Decreto 264/2011 del 30/05/2011; Ley 3.225 de la provincia de Santa Cruz; Ley 4.557 de la provincia de Río Negro; Ley 3.242 de la provincia de la Pampa "Derecho del paciente a la preservación de sus gametos (Células Germinales); Ley 9.667 de la provincia de Córdoba Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS); Ley 2.258 de la Provincia de Neuquén.

(58) Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata , "N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra ", 29/12/2008, LLBA2009 (febrero), 100; Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 23/12/2010, "A., J. A. y otra", Abeledo Perrot online, N° 70068088; Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata, 30/12/2010, "B., D. J. y otro", Abeledo Perrot online, N°: 70068404; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 16/03/2011, "B., N. L. y L., F. A. c. Obra Social de la Provincia de Ctes. (IOSCOR) s/ amparo", AR/JUR/2549/2011; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 28/03/2012, "L., A. del C. c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), LA LEY 14/05/2012, 7.

(59) Ver autos "Rabinovich, Ricardo D." Fallo de Primera Instancia del Juzgado civil n° 56, a cargo del Dr. Miguel Güiraldes y confirmado en lo esencial por la sala I de la Cámara Nacional Civil del 3/12/1999, integrada en ese momento por los Dres. Delfina Borda y Julio Ojea Quintana publicada en ED 185-407, LL 2001-C, 824 y JA 2000-III, 630.

(60) CNCiv., sala F, 30/03/2006, inédito.

(61) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias", 13709/2011, LA LEY 27/09/2011, 6.

(62) Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón, "G., A. P. s/Autorización", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2012-III-119.

(63) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 26/03/2012, "C., V. s/ Adopción", Abeledo Perrot online: AP/JUR/805/2012.

(64) Conf. dictamen del 15/07/2014 en los autos: "García Yanina Soledad CI OSDE s/prestaciones médicas (expte. FSM 433812013) comentado de manera breve en Kemelmajer de Carlucci, Aída Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como "Defensor de los Embriones"", Revista La Ley, 14/10/2014, p. 1 y ss. Cita Online: AR/DOC/3667/2014

(65) CHIAPERO DE BAS, Silvana María, FERNÁNDEZ, Ana Paulay Oroná, WENDI Romina, "La crioconservación de embriones en el derecho comparado, en los proyectos de ley argentinos y en la ley 26.862 (decreto reglamentario n° 956/2013)", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (julio), La Ley, 2014, p. 183; Alem de Muttoni, Isabel Lucía y Cesar Peña, María Eugenia, "El estatuto jurídico del embrión y sus implicancias en la investigación científica", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (diciembre), La Ley, 2013, p. 182; Quintana, Eduardo Martín, "Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial Unificado", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (septiembre), La Ley, 2014, p. 212; Basset, Úrsula Cristina, "La democratización de la filiación asistida", LA LEY 16/10/2014, 1; Lafferiére, Jorge Nicolás, "Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio", DFyP 2014 (octubre), 163.

(66) Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como "Defensor de los Embriones"", LA LEY 14/10/2014, 1; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, p. 907; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", LA LEY 2013-D, p. 1037; Sabin Paz, Eduardo y Germain, Marianela L., "¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; De la Torre, Natalia, "Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 98; Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia, "Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. 60, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 327; Muñoz, Gerardo Fabián, "Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2014, p. 180; Labombarda, Pablo M., "El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 184; Cerrutti, María del Carmen y Plovovich, María Cristina, "Persona humana: Comienzo de la existencia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 199; Cerutti, María del Carmen y Plovovich de Hermida, María Cristina, "Comienzo de la existencia de la persona", Sup. Act. 27/03/2014, La Ley, p. 1; Gil Domínguez, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2013, p. 24.

(67) Tantísimas han sido las voces a favor de este importante precedente, entre tantos ver: Herrera, Marisa, "La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas", LA LEY 2013-C, p. 1281; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, p. 907; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", LA LEY 2013-D, p. 1037; Sabin Paz, Eduardo y Germain, Marianela L., "¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; De la Torre, Natalia, "Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 98; Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia, "Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. 60, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 327; Muñoz, Gerardo Fabián, "Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2014, p. 180; Labombarda, Pablo M., "El Código Civil Argentino y

el comienzo de la existencia de las personas", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 184; Cerrutti, María del Carmen y Plovovich, María Cristina, "Persona humana: Comienzo de la existencia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 199; Cerutti, María del Carmen y Plovovich de Hermida, María Cristina, "Comienzo de la existencia de la persona", Sup. Act. 27/03/2014, La Ley, p. 1; Gil Domínguez, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2013, p. 24.

(68) Conf., Kemelmajer de Carlucci, Aída —Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", Revista La Ley, 28/12/2012, p. 1 y ss.

(69) Sup. Corte de Justicia de Mendoza, ""L., E. H. c/ O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ INC.", 30/07/2014, Microjuris online: MJ-JU-M-81833-AR | MJJ81833 | MJJ81833. Cabe destacar que este precedente se encuentra impugnado para llegar a estudio de la máxima instancia judicial federal del país.

(70) CHIAPERO DE BAS, Silvana María, FERNÁNDEZ, Ana Paulay Oroná, WENDI Romina, "La criopreservación de embriones en el derecho comparado, en los proyectos de ley argentinos y en la ley 26.862 (decreto reglamentario n° 956/2013)", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (julio), La Ley, 2014, p. 183;

(71) Es sabido que a pesar de contar con ley de cobertura médica, se siguen planteando contiendas judiciales en las cuales se pretende el mismo objetivo que la regulación: la cobertura médica de tratamientos de reproducción asistida. A modo de ejemplo se puede citar por mencionar los más recientes Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 24/07/2014, A., M. L. y Otro c. Obra Social del Personal Externo y otro s/ amparo de salud, La Ley Online AR/JUR/34642/2014; Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 5 de Mendoza, C., M. A. c. OSPELSYM s/ acción de amparo, 19/06/2014, La ley online AR/JUR/34642/2014; Tribunal Criminal Nro. 4 de La Plata, N., V. A. y otra c. Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA) s/ amparo, 18/06/2014, La Ley online AR/JUR/30428/2014; Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/10/2013, A., M. E. y otros c. O.S.E.P. s/ acción de amparo, La Ley Online AR/JUR/71801/2013.

(72) El destacado nos pertenece.

(73) El destacado me pertenece.

(74) DFyP 2014 (julio), 14/07/2014, 183.

(75) Este articulado expresa: "Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

(76) CHIAPERO, Silvana María, FERNÁNDEZ, Ana Paula Oroná, WENDI, Romina, "La criopreservación de embriones en la ley argentina (ley 26.862). Rectificando un error", DFyP 2014 (octubre), 03/10/2014, p. 152 y ss. Cita Online: AR/DOC/3092/2014.

(77) Esta faceta ha sido defendida en el fallo de la sala V de la Cámara Federal Contenciosa administrativa del 19/04/2014 en el que se dispuso "ordenar al Estado Nacional — Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia" (conf. Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, "De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga", Revista La Ley, 20/08/2014, p. 5).

(78) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, Lamm, "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LA LEY 2012-E, 1257.

(79) Ponencia titulada "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial" presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, libro de ponencias y disertaciones, La Ley - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 358 y 359.

(80) Amplia mayoría de las respuestas que han esgrimido los operadores entrevistados en el marco del proyecto de investigación UBACyT 2011-2014, N° 20020100200050, "Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. Bioética y Derechos Humanos".

(81) JADUR, Silvia - DUHALDE, Constanza y WAINSTEIN, Viviana, "Embriones y su destino", Página 12, 13/06/2013 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-222161-2013-06-13.html>, texto extractado del artículo "Efectos emocionales de la criopreservación de embriones y su transferencia", publicado en la Revista de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 25, N° 1.

(82) "Los porcentajes en las respuestas fueron en general coincidentes entre hombres y mujeres. Alrededor del 15 por ciento considera que los donaría para investigación, el 65 por ciento los donaría a otras parejas y el 15 por ciento los destruiría (un porcentaje de encuestados no respondió a esta opción)".

(83) Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, 31/03/2014, E., E. y otro s/ adopción de V., A. F., LL, Cita online: AR/JUR/3829/2014; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, S., R. s/ adopción, 10/10/2013, LA LEY 31/03/2014, 10; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 11/04/2013 , C., M. M. s/adopción, LA LEY 19/04/2013, 7

(84) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, G., D. E. s/ adopción plena de la menor A. M., 07/06/2013; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 15/05/2014, M., A. y otro s/ adopción, DJ 15/10/2014, 90; Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo, 13/02/2014 , M. E. J. s/ adopción simple, DJ 25/06/2014 , 18; Tribunal Colegiado de Instancia Unica del Fuero de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 15/07/2009, F., J. , LL, cita online: 70054584.

(85) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/03/2012, N., M. D. y otra s/adopción plena, LL, Cita online: AR/JUR/8590/2012; Cámara de Familia de 1a Nominación de Córdoba, G., G. M., 19/11/2010, Citar Abeledo Perrot N°: 1/70066784-1; Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, 13/04/2010, G., C. B., Cita online LL: 70062562; Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, 09/02/2010, G., P. A. y Otro, LL Cita Online AR/JUR/203/2010; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 15/11/2006, O., A. y otro, LLLitoral 2007 (febrero), 103.

(86) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, L. C. y otro s/ recurso directo, 24/04/2014, Cita online: AR/JUR/10383/2014; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, T., J. s/adopción, 19/03/2003 SJA 19/5/2004; Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 38a Nominación de Córdoba, Ch. C., L. E. s/ sumarias, 21/11/2013, Cita online AR/JUR/78497/2013; Cámara de Familia de Mendoza. B., M. E. s/ rectificacion de partida, 11/12/2013, LLGran Cuyo 2014 (marzo), p. 226; Cámara de Familia de Mendoza, M., E. M. por la menor M., D. c. A., D. p/filiación, 15/04/2013, LA LEY 2013-C, 205.

(87) Conf. CS, 16/09/2008, Recurso de hecho G., M.G. s/ protección de persona Ccausa N° 73.154/05C en <http://www.csn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=653101>, compulsado el 15/10/2014 en el que se dijo: "que el tantas veces mencionado requisito de inscripción 'no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues se trata, como igualmente se expresa en el Informe aludido, de 'construir un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez'".

(88) El destacado nos pertenece.

(89) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", Derecho de Familia y de las Personas 2012 (julio), 124; Mizrahi, Mauricio Luis, "El niño y la reproducción humana asistida", LA LEY 2010-E, 799.

(90) MIZRAHI, Mauricio L., "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", op. cit., p. 127.

(91) Esta postura que se la conoce como "ecléctica" será analizada al comentar el próximo artículo, el art. 589.

(92) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", DFyP 2012 (julio), 124 y ss.

(93) AZPIRI, Jorge O., "La negativa de las partes y de los sucesores universales a someterse a las pruebas genéticas", Revista Derecho de Familia y Persona, diciembre (2012), 01/12/2012, p. 127 y ss, en el que se comenta el fallo de la CNCiv., sala H del 15/06/2012 en los autos "H., J. C. c. H., J. y otros".

(94) SOLARI, Néstor E., "Los medios de prueba en el juicio de filiación. Normas previstas en el Proyecto de Código", DFyP 2012 (diciembre), 01/12/2012, p. 5 y ss. Cita Online: AR/DOC/5667/2012.

(95) El art. 2 proyectado pretende modificar el primer inciso del art. 224 del Código Civil del siguiente modo: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se

basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos."

(96) Para profundizar sobre el tema recomendamos compulsar entre tantos otros Brunel, Tamara F., "Familias ensambladas: ¿un fenómeno social que anhela ser reconocido por el derecho argentino?", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p.183 y ss.; GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, "El derecho a la vivienda de los hijos menores en la familia ensamblada (nuevas uniones después del divorcio o viudez)", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 13, Ed. Abeledo-Perrot - LexisNexis, Buenos Aires, 1998, ps. 277 y 278; Pérez Gallardo, Leonardo B., "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato: ¿Una ecuación lineal?", DFyP 2011 (agosto), 01/08/2011, 163; Cárdenas, Eduardo José, "La familia ensamblada en el derecho procesal", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 25, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 27 y ss.; GUILLOT, María Alejandra, "Familias ensambladas y derecho de la seguridad social: normativa y realidad", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 25, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 69 y ss.; GROSMAN, Cecilia R., "La adolescencia de la Revista y la familia ensamblada", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 25, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p.11 y ss.; GROSMAN, Cecilia P.; HERRERA, Marisa, "Una sentencia sencilla, una cuestión compleja. El reconocimiento de las familias ensambladas en el ámbito jurídico", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p.5 y ss.; GROSMAN, Cecilia P.; HERRERA, Marisa, "Relaciones de hecho en las familias ensambladas.", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 46, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 73 y ss.

(97) Para profundizar sobre este tema ver entre otros PITA, Enrique Máximo, "El derecho alimentario familiar en el proyecto de reforma (decreto 191/2011)", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 57, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.215; Otero, Mariano C., "Los alimentos en el proyecto", LA LEY 2012-D, 995 ; WAGMAISTER, Adriana, "Los alimentos en el anteproyecto de Código Civil", SJA-2012/06/20-24; FAMÁ, María Victoria, "Los alimentos derivados del parentesco y los debidos a los hijos mayores de edad en el Proyecto de Código Civil", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (abril), La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 15 y ss..

(98) GROSMAN, Cecilia, HERRERA, Marisa, "Implicancias de la ley 26.579 que modifica la mayoría de edad a los 18 años en el derecho alimentario de los hijos", AA.VV., Derecho a la Juventud. Ley 26.579 de la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años, Rubén Giustiniani (editor), Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2010; GUILISASTI, Jorgelina, "El impacto de la reforma al Código Civil introducida por la Ley 26.579 en el deber alimentario dispuesto a favor de los hijos mayores de 18 años y menores de 21 años. Cuestiones prácticas y algunos interrogantes", MJ-DOC-4603-AR | MJD4603; Millán, Fernando, "Nueva mayoría de edad. Aspectos procesales sobre las cuestiones alimentarias de la Ley 26.579", MJ-DOC-4808-AR | MJD4808.

(99) GROSMAN, Cecilia, "La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria de los padres", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 47, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 17 y ss. y BIRGIN, Haydee; HARARI, Sofía, "Lo que la ley no dice... Independencia/dependencia", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 47, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 9.

(100) Conf. HERRERA, Marisa, "La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar" ya citado.

