

Lafferrière, Jorge Nicolás

El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética

Vida y Ética Año 16, N° 2, diciembre 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Lafferrière, Jorge N. “El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética” [en línea]. *Vida y Ética*, 16.2 (2015). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/nuevo-codigo-lafferriere.pdf>
[Fecha de consulta:.....]

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA BIOÉTICA

Jorge Nicolás Lafferriere

- Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA)
- Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)
- Profesor de "Derecho Civil" de la UBA y de la UCA
- Profesor de "Bioderecho" de la Maestría en Ética Biomédica de la UCA
- Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA
- Director del Centro de Bioética, Persona y Familia

Palabras clave

- Nuevo Código Civil y Comercial
- Bioética

Key words

- New Civil and Commercial Code
- Bioethics

El 1ro. de octubre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación dio sanción definitiva al nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) de la Nación Argentina (Ley 26994), que entró en vigencia el 1ro. de agosto de 2015 por disposición de la Ley 27077. A continuación ofrecemos un análisis del texto legal en relación a algunas cuestiones de bioética:

1. EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA

- El artículo 19 del CCyC dispone: "*ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*"

- En la redacción inicial de este artículo se había hecho una discriminación entre los concebidos en el seno materno y los embriones concebidos por técnicas de reproducción asistida. Luego de la gran cantidad de ponencias presentadas para reformar ese texto inicial en el marco de las audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral, se modificó el artículo citado. La redacción final aprobada y que hemos transcripto unifica el comienzo de la existencia de la persona en el momento de la concepción, sin distinciones según el lugar o la forma de concepción.

- La reforma mejora la redacción de los arts. 63 y 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield y se ajusta a lo que ya reconoce

la tradición jurídica Argentina, en el sentido que la vida comienza desde la concepción, dentro o fuera del seno materno.

- Igualmente, numerosas normas y fallos en todo el país se refieren al inicio de la vida desde la concepción.

- Si bien algunas posturas sostienen que la expresión "concepción" debe entenderse como referida al momento de la "implantación" de los embriones en el seno materno, ello no se desprende del sentido original del término, ni de una interpretación sistemática del nuevo Código, ni de la tradición jurídica de nuestro país ni de las evidencias científicas. La expresión "concepción" equivale al momento de la fecundación.

2. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

- El nuevo código civil regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial casi sin poner límites, estableciendo la voluntad procreacional como criterio rector para la filiación, permitiendo la dación anónima de gametos y autorizando un muy restringido acceso a los datos del dador por parte de las personas concebidas por fecundación artificial.

- Las técnicas de fecundación artificial vulneran el derecho a la vida, el derecho a la identidad y la igualdad ante la ley. Se afecta el derecho a la vida porque las técnicas de fecundación artificial involucran

la pérdida de muchos embriones humanos. El derecho a la identidad es vulnerado en los casos de dación de gametos o embriones, por la disociación de los elementos que conforman la identidad del concebido. Y la igualdad se lesiona cuando se seleccionan embriones en función de caracteres morfológicos o genéticos.

- En la disposición transitoria 2da. se afirma: "*La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial*". Sin embargo, los proyectos en debate en el Congreso Nacional hasta el momento no se preocupan de proteger al embrión y están redactados dando prioridad a los deseos de los adultos.

- **Fecundación post-mortem:** se ha quitado el contenido del art. 563 del anteproyecto originario que contemplaba la fecundación post-mortem y se ha afirmado que ello se realiza con la finalidad de excluir esta práctica.

- **Alquiler de vientres:** se ha quitado la referencia explícita a la maternidad por sustitución (alquiler de vientres) y se ha expresado la voluntad de excluir este tipo de prácticas del nuevo Código modificando el art. 562 que ahora dispone que "*los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento...*". La propuesta de incluir el alquiler de vientres y la fecundación post-mortem había sido sumamente criticada en las audiencias públicas convocadas por la comisión Bicameral que estudió

la reforma del Código. El alquiler de vientre cosifica a la mujer y a su hijo. De hecho, existen en el mundo iniciativas para prohibir esta práctica por considerarla una forma de tráfico humano (maternity trafficking).

3. DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL Y CATEGORÍAS DE HIJOS

- El nuevo Código Civil y Comercial vulnera el derecho a la identidad del niño concebido por técnicas de fecundación artificial con dación de gametos. Este derecho ni siquiera es mencionado en las normas de filiación respectivas. A la "voluntad procreacional" se le otorga la capacidad de disociar los elementos que conforman la identidad de los niños, contra lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

- En caso de dación de gametos, se mantiene el anonimato de la dación de gametos y el acceso muy restringido a los datos de salud y de identidad del dador (arts. 563 y 564 CCyC).

- El Código Civil y Comercial establece categorías de hijos de modo que los niños concebidos por técnicas de fecundación artificial ven restringidos sus derechos en relación a la identidad. Tenemos, así, diferente tratamiento según se trate de "filiación por naturaleza" o "filiación por fecundación artificial". En el mismo sen-

tido, existe un tratamiento marcadamente distinto entre el derecho a la identidad en la adopción y en la fecundación artificial.

- Además de los reparos éticos que tal disociación y discriminación merecen, lo establecido por el nuevo Código generará dilemas de difícil resolución en materia filiatoria.

- Igualmente en la disposición transitoria tercera se aplica retroactivamente el régimen de voluntad procreacional a todos los niños nacidos con fecundación artificial antes de la entrada en vigencia del nuevo código.

4. EL CUERPO HUMANO Y LAS BIOTECNOLOGÍAS

- **Normas sobre el cuerpo humano:** Se incorpora un artículo referido al cuerpo humano, que llamativamente está incluido entre los "bienes": "**ARTÍCULO 17.- Derechos sobre el cuerpo humano.** Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales".

- **Dignidad humana y manipulación genética:** Se incorpora un valioso artículo sobre la inviolabilidad de la persona humana y el respeto a su dignidad: "**ARTÍCULO**

51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad". Por su parte, el artículo 57 dispone: "**ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas.** Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia". El artículo resulta de importancia para marcar un límite a las biotecnologías aplicadas a la vida humana y será motivo de interpretación determinar los alcances de tales límites.

- **Adolescentes y toma de decisiones en salud:** El nuevo artículo 26 dispone: "...Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo". Tal disposición afecta la

autoridad de los padres durante la etapa de crecimiento de sus hijos y fragmenta la familia en pos de estrategias de salud que quieren avanzar sobre el cuerpo de los niños, niñas y adolescentes.

- **Eutanasia:** El artículo 60 al regular las directivas anticipadas aclara: "*...Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas*". De esta manera, se mantiene la prohibición de la eutanasia conforme a la actual redacción de la Ley 26529 que regula los derechos de los pacientes. Sin embargo, en el artículo 59 del nuevo Código Civil se ratifica lo dispuesto por la Ley 26742 de muerte digna y se permite la renuncia a la "alimentación y la hidratación", en lo que constituye una forma de eutanasia por omisión deliberada de cuidado.

- **Investigación en seres humanos:** Se incluye una norma específica sobre los requisitos jurídicos mínimos que deben cumplir las investigaciones en seres humanos en resguardo de los derechos personalísimos (art. 58).

- **Consentimiento informado:** se regula lo relativo al consentimiento informado para actos médicos, en continuidad con la Ley 26529 de derechos del paciente (artículo 59 CCyC). En tal sentido, el artículo 55 señala como límite del consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos la ley, la moral o las buenas costumbres.

5. LA TRANSMISIÓN DE LA VIDA HUMANA Y LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO

- El nuevo Código Civil y Comercial agudiza la tendencia legislativa de debilitamiento de los vínculos familiares en orden a un marcado individualismo y dando prioridad a los deseos de los adultos por sobre el interés superior de los niños.

- Se introducen modificaciones sustanciales en los derechos y deberes del matrimonio, al reducir la "fidelidad" a un mero "deber moral" no exigible jurídicamente (art. 431).

- Se mantiene la configuración del matrimonio como la unión de dos personas, sean o no del mismo sexo, con lo que se desdibuja la finalidad procreativa propia de todo matrimonio y se mantienen los problemas concernientes a la transmisión de la vida humana y el derecho de los niños a la complementariedad entre varón y mujer en su educación.

- Se legaliza el llamado "divorcio exprés" de tal manera que según el artículo 437 "*el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges*". No se exigen plazos mínimos de convivencia, ni causales, ni tiempo de espera ni ningún requisito más que la voluntad de uno de los cónyuges. El matrimonio se convierte así en un mero acuerdo formal nominal de extrema debilidad jurídica.

- Se elimina la figura jurídica de la separación personal, tornando obligatorio el divorcio para aquellos cónyuges que se planteen un tiempo de espera. Más aún, en la disposición complementaria 1ra. se establece: *"En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular..."*.

- Se incorporan las convenciones prematrimoniales y la posibilidad de optar por regímenes de comunidad de bienes o de patrimonios separados entre los cónyuges. Se permite a los cónyuges modificar el régimen de bienes a lo largo del matrimonio (art. 449). Como consecuencia, se debilita aún más el sentido de comunión entre los esposos.

- Se crea la figura de la "unión convivencial", impuesta de manera imperativa

a los dos años de convivencia, casi equiparada al matrimonio, salvo en los efectos sucesorios y de determinación de la filiación, e incluso dotándola de una configuración jurídica más rigurosa que el matrimonio según la reforma.

En una valoración general, podemos sostener que el Código Civil y Comercial posee normas que marcan una continuidad en la protección jurídica de la persona desde su concepción hasta su muerte natural. Sin embargo, el nuevo texto legal se enmarca en una tendencia individualista que debilita los vínculos familiares en pos de la autonomía del individuo. Tal tendencia no contribuye al bien común y conduce a sutiles formas de desprotección de la persona humana, que al ver debilitada la familia, queda más vulnerable frente al poder del Estado y de las organizaciones más poderosas sin los suficientes resguardos que ofrece la familia.

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA BIOÉTICA

*Centro de Bioética, Persona y Familia
Junio de 2015*

1. El comienzo de la existencia de la persona humana

1.1. Análisis del nuevo artículo 19

El capítulo 1 del Título I, del Libro I, del nuevo Código Civil y Comercial está dedicado al comienzo de la existencia de la persona y consta de 3 artículos: 19 (co-

mienzo de la existencia de la persona), 20 (duración del embarazo) y 21 (nacimiento con vida). El artículo 19 del Código Civil finalmente sancionado dispone:

"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

Este artículo ha sido eje de una de las principales controversias durante todo el proceso de redacción y discusión del nuevo Código Civil. En tal sentido, para comprender sus alcances, es importante tener presente las sucesivas modificaciones que el texto ha tenido:

| | |
|---|--|
| <p>Texto del Proyecto del Poder Ejecutivo presentado en junio de 2012</p> | <p>ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. 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.</p> |
| <p>Texto final aprobado por el Senado de la Nación del 27 de noviembre de 2013 y por la Cámara de Diputados el 1ro. de octubre de 2014.</p> | <p>"ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".</p> |

Algunas conclusiones del texto finalmente sancionado:

a) Existe amplio acuerdo, desde la primera redacción hasta el final, en cuanto a mantener la tradición jurídica argentina que dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y por tanto que reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como "persona por nacer".

b) Para la ciencia el embrión concebido por estas técnicas, ya sea dentro o fuera del seno materno, es un individuo de la especie humana. El proceso de gestación es gradual, continuo y de coherencia interna, en cuanto conduce necesariamente al nacimiento. De allí que ninguna etapa del desarrollo pueda separarse de las demás y contar con autonomía suficiente como para atribuirle el carácter de iniciador de la vida humana. Todas ellas son el resultado de la anterior y como tales presentan un único punto de partida: la concepción.

c) Vale recordar que para la Constitución Argentina, "persona es todo ser humano" (cfr. art. 75 inc. 22, Constitución Nacional y Pacto de San José de Costa Rica, art. 1 inc. 2). La Argentina, al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, por Ley 23849 reconoce que comienza la existencia de la persona desde la concepción. Al-

gunas posiciones aisladas que proponen que la existencia de la persona comience en el nacimiento no tuvieron peso en el debate.

d) La discusión se planteó, ya desde el inicio del proceso de reforma, en torno a la situación de los embriones humanos no implantados concebidos por técnicas de fecundación artificial. La redacción inicial, que incluía dos momentos diferenciados para el inicio de la vida y consideraba que el embrión no implantado no era persona, fue finalmente reemplazada por un texto unificado que considera que la existencia de la persona humana comienza en la concepción.

e) Consecuentemente, de la inicial propuesta de dos momentos de inicio de la vida hemos pasado a un único momento. Ese momento es el de la concepción, que como su nombre lo indica refiere al primer momento en que existe una persona. Por tanto, si había duda sobre la situación de la persona dentro o fuera del seno materno, en la redacción final hay que interpretar que al hablar de concepción el artículo 19 lo hace sin diferenciar si ocurre dentro o fuera del seno materno.

f) La concepción por tanto no quedó asimilada a la implantación y por tanto se debe entender como el momento de la fecundación, pues quedan incluidos en tal

momento tanto los embriones concebidos dentro como fuera del seno materno.

g) El hecho de que la disposición transitoria se refiera a la "protección especial" del embrión no implantado, no puede ser utilizado para afirmar que el embrión no es persona. Por el contrario, reconoce que en los hechos y por aplicación de la Ley 26862 hoy se generan embriones fuera del seno materno y señala la intención de protegerlos ante los riesgos que ello significa.

h) Bajo la primitiva redacción, del juego del art. 19 y la disposición transitoria se podía afirmar que para el proyecto el embrión no sería persona aunque debía recibir alguna protección. Con la redacción finalmente aprobada, que quitó la referencia al doble momento de inicio de la vida, el embrión no implantado debe considerarse persona y también tiene que ser protegido ante el hecho de su generación extracorpórea.

i) El artículo 19 eliminó la frase "en el seno materno" presente en el código de Vélez Sarsfield. Si bien la doctrina había interpretado este texto en el sentido de entender la concepción como el primer momento de la existencia, sea que se produzca dentro o fuera del seno materno, la modificación ahora aprobada resulta una mejora en relación al tema.

j) Cabe recordar que en las conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad de Buenos Aires los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013, juristas de todo el país debatieron sobre la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana. En las conclusiones de la Comisión nro. 1 se afirmó que "Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno". También se concluyó que "en el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación". Y también se dijo: "Ante una eventual reforma del Código Civil se propicia en torno al comienzo de la existencia de la persona la redacción contenida en el punto I de las conclusiones de mayoría (fecundación)".

k) Igualmente, numerosas normas en todo el país se refieren al inicio de la vida desde la concepción, entendido como el primer momento de formación de la vida humana. También la jurisprudencia argentina, en todos los niveles, ha expresado que la vida comienza desde la concepción entendida como fecundación. Vale recordar lo afirmado por la Corte Suprema en el Caso "Portal de Belén" (5/3/2002): es necesario "precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o

anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba. Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario”.

l) En síntesis, la finalidad de la norma del artículo 19 es establecer el primer momento de existencia de la persona y ubica tal momento en la concepción, entendida como fecundación, ya sea dentro o fuera del seno materno.

1.2. El artículo 19 y la sentencia “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El principal argumento para sostener que el embrión humano no implantado es persona se encontraría en la sentencia “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28/11/2012). Por tal motivo, a continuación presentamos algunas consideraciones por las cuales entendemos que no resulta aplicable tal sentencia al caso argentino y a la interpretación del artículo 19 del nuevo Código Civil:

a) **El diferente contexto de la Argentina y Costa Rica:** la CIDH condena a

Costa Rica porque consideró que la prohibición de la fecundación in vitro con fundamento en la protección absoluta del derecho a la vida vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación. En cambio, la Argentina posee una ley específica de cobertura de la fecundación in vitro (26862), más allá de las importantes críticas que tal ley nos merece. Y en “Artavia”, lo que se discutía eran casos de matrimonios infértiles que recurrían a la fecundación in vitro.

b) **La CIDH deliberadamente dejó fuera del caso “Artavia” los problemas más complejos de la FIV y otros temas:** En el capítulo VII del fallo “Artavia” la CIDH expresamente deja en claro que algunos argumentos presentados por Costa Rica no fueron considerados por la Corte de manera directa. De esta manera, cabe concluir que la discusión de estos puntos puede dar lugar a una nueva evaluación de la situación de la fecundación in vitro. Los temas mencionados en el punto 134 de la sentencia son: “i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en

los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica". ¿Podemos deducir de "Artavia Murillo" que sea legítimo seleccionar genéticamente embriones? ¿Podemos deducir de "Artavia Murillo" una regulación de la voluntad procreacional y de la revocabilidad del consentimiento preimplantacional? ¿Podemos deducir de "Artavia Murillo" la legitimidad de destruir embriones para hacer investigación? ¿O de patentar una invención con las células de los embriones destruidos? ¿O de comercializar embriones? ¿O de congelar embriones? Todas estas preguntas deben recibir una respuesta negativa y por tanto no puede utilizarse la sentencia "Artavia Murillo" para extrapolarla a otras situaciones que no estuvieron en debate en ese caso.

c) Argumento del art. 68.1 de la Convención Americana: dado que Argentina no fue parte en el litigio que dio lugar a la sentencia de la CIDH, no puede considerarse vinculante tal decisión, dado que de acuerdo al artículo 68.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, los

Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Asimismo, si bien nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación [1] ha reiterado en diversas oportunidades que para Argentina la jurisprudencia de la CIDH constituye una "insoslayable" o "imprescindible" pauta de interpretación, es solo ello: una "pauta de interpretación" de la cual los jueces se pueden apartar (como ya lo vienen haciendo) si existen debidas razones como las que, entre otras cosas, exponemos en esta reflexión.

d) La sentencia "Artavia" contradice el principio "pro homine": en línea con lo anterior, sostenemos que la sentencia de la CIDH en "Artavia Murillo" resultó contraria al principio "pro homine" que se considera establecido en el artículo 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: "*Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce*

[1] Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad" (14.06.05), párr. 17; Caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. De casación e inconstitucionalidad" (13.07.07), párr. 20; Caso "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo" (31.08.10), párr. 8.

y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Si la concepción-fecundación y la concepción-implantación fuesen incluso interpretaciones viables al interior del artículo 4 de la Convención, cosa que no creemos, ¿no debería preferirse aquella más protectora en vistas del principio *pro homine*?, esto es la interpretación concepción equivale a "fecundación". [2]

e) El término "concepción" y su interpretación: otros argumentos que fundan la inaplicabilidad del fallo de "Artavia Murillo" se refieren a una correcta interpretación del término "concepción". [3]

Sin entrar a fondo en el tema, pues ello excedería el acotado marco de este comentario, podemos recordar que la CIDH concluyó que el término "concepción" equivalía a "implantación". Sin embargo, existen muy fuertes fundamentos para sostener que ello no es así, especialmente en el derecho argentino, y que la concepción es un término que siempre fue interpretado y corresponde que sea interpretado como el primer momento de existencia de un ser humano: la fecundación. Los argumentos de la Cámara Federal de Salta en la sentencia de julio de 2013 son muy claros al respecto. Además, existió un evidente conflicto de intereses entre la Corte y el perito que otorgó los elementos sobre los que se basó la sentencia, pues este perito realiza en su país fecundación *in vitro*, y por tanto tenía intereses claros en obtener una sentencia a la medida de sus negocios. [4]

f) Las reglas de interpretación del nuevo Código Civil: es significativo que, durante el debate parlamentario, el artículo 1 del inicial Anteproyecto de Código

[2] Ver María Bibiana Nieto y María Victoria García Delfino, "La aplicación del principio *pro homine* en la determinación del comienzo de la persona humana", Ponencia en la Comisión nro. 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2013.

[3] DE JESÚS, Ligia M.; OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge Andrés; TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación *in vitro*): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana", *Prudentia Iuris*, nro. 75, Junio 2013, p. 135-164.

[4] PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso 'Artavia'", EDCrim, 22/05/2013, nro 13.243. Un análisis científico del caso puede verse en KOCH, Elard, "Corte Interamericana y el inicio de la vida: un acto de acrobacia inconsistente", publicado en <<http://www.chileb.cl/perspectiva/corte-interamericana-y-el-inicio-de-la-vida-acto-de-acrobacia-inconsistente-por-elard-koch/>>. [Último acceso: 12-11-2013].

Civil recibiera una modificación sustancial en lo referido a las fuentes. En efecto, el Anteproyecto elevado por el Poder Ejecutivo sostenía en el artículo 1º que para la interpretación de los casos "se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso". Durante el debate en la Comisión Bicameral, este texto fue objeto de una modificación que eliminó la frase referida a "la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso". En su lugar, se señala como pauta de interpretación "la voluntad del legislador". Consecuentemente, y más allá de la discusión hermenéutica de fondo que merece el artículo, la jurisprudencia de la CIDH no puede ser invocada como fuente principal de interpretación del artículo 19 del nuevo texto.

Estos son algunos argumentos que nos llevan a sostener que la sentencia "Artavia Murillo" de la CIDH no resulta aplicable en la interpretación del artículo 19 del Código Civil y que, por tanto, el término "concepción" debe entenderse como "fecundación".

2. Las técnicas de Fecundación Artificial en el nuevo Código Civil y Comercial: consideraciones generales

2.1. ¿Qué son las técnicas de fecundación artificial?

Las técnicas de fecundación artificial

son procedimientos encaminados a la concepción de un ser humano por una vía distinta de la unión sexual entre varón y mujer.

Según el lugar donde se produce la concepción se clasifican en intracorpóreas (la concepción se produce dentro del cuerpo de la mujer) o extracorpóreas (se produce fuera del cuerpo de la mujer).

Según el origen de los gametos, se clasifican en homólogas (los gametos provienen del matrimonio que se somete a las técnicas) o heterólogas (los gametos provienen de terceros).

En el mundo, las técnicas ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad y se pretende usarlas para finalidades como:

- a) Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad.
- b) Evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo.
- c) Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo.
- d) Concebir un hijo por pura "voluntad procreacional", ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores
- e) Concebir embriones a los fines de experimentación.

Análisis crítico: El Código Civil y Comercial regula sólo los efectos filiatorios de la fecundación artificial, ignorando las objeciones de fondo éticas y jurídicas que merecen estas técnicas y que podemos resumir:

- Cosificación del niño por nacer y la introducción de una lógica productiva en la transmisión de la vida humana, disociando la sexualidad y la procreación.
- Afectación del derecho a la vida de los niños concebidos por estas técnicas, ya sea por su eliminación deliberada, como por las altas tasas de mortalidad que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo.
- Afectación del derecho a vivir de los niños, por la crioconservación de embriones.
- Afectación del derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas heterólogas o de dación de gametos o embriones, por la disociación de los elementos que conforman la identidad del concebido.
- Violación del derecho a la igualdad, en la selección de los embriones que serán transferidos.

2.2. Derecho a la vida afectado por las técnicas de fecundación artificial extracorpóreas

La primera gran objeción a la regulación propuesta se refiere a los riesgos que

significa la fecundación extracorpórea para la vida de los embriones así concebidos. El Código Civil y Comercial admite la realización de técnicas extracorpóreas, lo que supone una afectación del derecho a la vida de los embriones, que según el artículo 19 son personas por nacer.

Se afirma que se dictará una ley especial de protección de los embriones, pero ello, si bien brinda una pauta hermenéutica, no resulta suficiente frente a las tasas de fracaso que presentan las técnicas y que acarrear la pérdida de muchos embriones humanos.

Igualmente no resulta suficiente la remisión a una ley especial frente a las eventuales presiones para imponer a los embriones un destino de muerte para fines de experimentación o comercialización.

Por otra parte, los proyectos de ley en debate en el Congreso de la Nación no ofrecen protección a los embriones y admiten su congelación, utilización para investigación y abandono.

El derecho a la vida se ve afectado por dos vías:

- a) En primer lugar, por las pérdidas de embriones que significa la fecundación extracorpórea. Un informe del Comité de

Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece valiosa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, para obtener un bebé nacido vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa. El país con mejor "tasa" es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,6. [5]

Un informe del Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, [6] con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas:

- 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI.
- Hubo 43.257 extracciones, obteniéndose 285.042 óvulos, con un promedio de 6,6 óvulos por extracción.
- Se obtuvieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación.
- De estos, fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.
- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Sólo el 3,5% de los óvulos extraídos y sólo el 10% de los embriones iniciales terminaron implantándose.
- los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8,1%.

- Con respecto a la cantidad de óvulos extraídos (285.042), si sólo 8043 resultaron en un nacimiento, quiere decir que la tasa de éxito por óvulo extraído es más baja aún: $8043 / 285.042 = 0.028$, aproximadamente un 3%.

- Sin considerar todavía que 7.337 embriones fueron crioconservados.

b) En otros casos, se eliminan de manera deliberada embriones humanos, luego de su selección a través de diagnóstico genético preimplantatorio. En tal supuesto, los embriones son concebidos "in Vitro" y sometidos a mecanismos de selección, descartándose los que se consideran "no aptos". En otros casos, se crean deliberadamente embriones que serán destruidos al ser utilizados para fines de investigación o fines comerciales. Esta destrucción deliberada de embriones no es admisible en nuestro derecho y no debería considerarse lícita bajo el nuevo Código Civil y Comercial.

2.3. ¿Qué sucede con los embriones crioconservados abandonados en el nuevo Código Civil?

Un aspecto de central importancia que no ha sido resuelto por el nuevo Código

[5] HOUSE OF COMMONS, COMMITTEE ON SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Fifth Report*, Marzo 2005 [en línea] disponible en: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsctech/7/702.htm>>.

[6] Fuente: <http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1568_allegato.pdf>.

Civil y Comercial es el relativo a la situación de los embriones crioconservados abandonados. Con el fin de aumentar las posibilidades del embarazo, quienes aplican estas técnicas aumentaron la cantidad de óvulos que son fertilizados. De esta forma, son concebidos fuera del cuerpo de la madre numerosos embriones planteándose el siguiente dilema: si todos son sus "transferidos" en una misma oportunidad, se corre el riesgo de un embarazo múltiple, mientras que si se transfieren "algunos" de éstos (seleccionados por el médico), surge el interrogante de qué hacer con los "sobrantes". Estos embriones son hoy "congelados", para disponer así de un "lote de reserva" para proceder a nuevos intentos de transferencia si el primero fracasaba.

La técnica extracorpórea continúa generando embriones "sobrantes", a pesar que los problemas derivados del embarazo múltiple han llevado a reducir a uno o dos embriones los que se transfieren a la madre. Sin embargo, se siguen generando muchos embriones por tres razones al menos: a) para aumentar el número de embriones para elegir los más aptos para su transferencia; b) para reducir la cantidad de veces que se extraen óvulos a la mujer en razón del carácter invasivo de esa extracción; c) para generar un mayor número de embriones congelados que estarán disponibles para la investigación por las tasas de abandono de embriones luego de obtener un nacido vivo.

El nuevo Código, en el artículo 560 señala que el consentimiento para utilizar las técnicas "debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". Estas normas se refieren a la filiación del embrión y nada nos dicen sobre qué sucederá con esos embriones si se revoca el consentimiento. ¿Puede la madre implantarse los embriones congelados si su esposo revoca el consentimiento? ¿Quién decide el destino de esos embriones? ¿Cómo se resuelven los conflictos entre los padres?

Ni el nuevo Código ni la Ley 26862 sobre acceso a las técnicas reproductivas, ni el proyecto con media sanción sobre las técnicas, ofrecen una solución al tema de los embriones congelados. Es más, al admitir que el consentimiento para la realización de las técnicas sea revocado por los requirentes de las técnicas hasta el momento de la implantación, se habilita un mecanismo legal que permite a los padres desentenderse de la suerte de los embriones ya concebidos y no se contempla ninguna solución éticamente aceptable para los mismos.

El drama de los embriones congelados no es nuevo. Desde hace años en los ambientes bioéticos y jurídicos se discute su situación. Pensar que se puede solucionar este problema con una simple revocación de consentimiento es caer en un simplismo que ignora los hondos dramas

existenciales que rodean al proceso de dar vida y que cosifica al embrión humano, privado de sus vínculos constitutivos de identidad.

3. Derecho a la identidad en las técnicas de fecundación artificial y categorías de hijos

3.1. Fecundación Artificial como fuente de filiación y la afectación del derecho a la identidad

El Código incorpora las técnicas de reproducción humana asistida como una fuente de filiación autónoma:

"ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

En los fundamentos se sostiene:

- Las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación.
- La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.
- El dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.

El sistema del nuevo Código presenta las siguientes características:

- a) Sus disposiciones se refieren a las reglas para la filiación de los niños concebidos y nacidos por estas técnicas.
- b) Se admite la dación de gametos para fines reproductivos, con un régimen de anonimato parcial. En efecto, la persona nacida por las técnicas no puede co-

nocer quién fue el dador de los gametos salvo en los siguientes casos:

ARTÍCULO 564.- Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

c) La información relativa al dador de los gametos debe ser almacenada y resguardada.

ARTÍCULO 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

d) Para la determinación de la filiación se sigue un criterio mixto. Por un lado, la maternidad queda determinada por el parto. Por el otro, la otra filiación se establece por el consentimiento dado para las técnicas en lo que se considera como "voluntad procreacional". Además, luego de que la redacción inicial incluyera el "alquiler de vientres" o "gestación por sustitución", se eliminó tal figura. La norma que refiere al tema es el artículo 562:

ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos

e) En cuanto al consentimiento para las técnicas, está regulado por los artículos 560 y 561:

ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. 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.

ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

f) El nuevo Código prohíbe la realización de acciones en materia de filiación cuando ha mediado consentimiento para la realización de las técnicas:

ARTÍCULO 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

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

ARTÍCULO 577.- Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

La voluntad procreacional como fundamento de la determinación de la filiación supone una alteración de los principios rectores en que se basa el derecho para determinar las relaciones filiatorias. En materia filiatoria, resulta aplicable –por regla– el principio de la verdad biológica, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. Ello no es caprichoso sino que obedece a un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas, ni siquiera se respeta la utilización de gametos de los esposos que recurren a las técnicas.

3.2. ¿Qué es el derecho a la identidad?

El derecho a la identidad se encuentra receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 8 (conocido como la cláusula argentina), dispone:

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad "puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia". [7] También se refiere allí la Corte a la existencia del "derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad".

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122.

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad:

- "Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo". [8]

- "Se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones

y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético". [9]

3.3. ¿Cuál es el alcance del derecho a la identidad?

Afirma el Comité Jurídico Interamericano que "el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos". [10] Esto significa que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente.

Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que "preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados

[8] <<http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm>>.

[9] <<http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr1875.cfm>>.

[10] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12.

a garantizar los Estados". [11] Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

El mismo Comité reconoce que "la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica". [12]

3.4. El derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Forneron e hija vs. Argentina" ha declarado que "los niños tienen el derecho a vivir con su familia

biológica", [13] derecho que constituye un aspecto de su identidad y que incluye poder "contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad". [14] Llama aquí la atención la Corte la obligación de los Estados de "favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar", siendo "una de las interferencias estatales más graves" "la que tiene por resultado la división de una familia". En efecto, "la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales". [15]

[11] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 13.

[12] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 17

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 112.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 113.

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 116.

La Corte consideró aquí que "el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica". [16]

Por consiguiente, se afirma, "la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M". [17]

3.5. La reaparición de las categorías de hijos

Entre los aspectos más cuestionados del nuevo Código Civil y Comercial se encuentra el modo en que se ha considerado el derecho a la identidad de los hijos concebidos por procreación artificial. En tal sentido, la intención de dar prioridad a los deseos de los adultos y acomodar las normas para una facilitación de toda biotecnología reproductiva, llevó a omitir toda mención al derecho a la identidad entre las normas sobre filiación derivada de técnicas de reproducción médicamente asistida.

El presente cuadro permite advertir las graves diferencias de tratamiento entre lo que el código establece como tipos de filiación:

[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 119.

[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 123.

| | Niños adoptados | Niños concebidos por procr. art. |
|---|--|--|
| Derecho a la identidad como principio general | El derecho a la identidad personal de los niños está enumerado entre los principios generales (art. 595 inc. b). | El derecho a la identidad de los niños ni siquiera es mencionado. |
| Primacía de la familia de origen biológico | Es una institución jurídica que protege el derecho de los niños para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, "cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (art. 594). | Los vínculos biológicos son irrelevantes frente a la voluntad procreacional. |
| Resguardo de información | "El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles" (art. 596) | Se establece "la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento" (art. 563). |
| Agotar las posibilidades de permanecer en la familia de origen | Se exhorta al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c, art. 607). | No hay normas similares. |
| Conocer los orígenes biológicos | El derecho a conocer los orígenes es uno de los principios generales (art. 595 inc. e) y tiene una regulación de muy amplia legitimación para el niño (art. 596). | Se trata sólo de un derecho que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o por razones de salud (art. 564). |
| Preservar vínculos fraternos | La preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d). | No se toma ningún recaudo en este sentido. |

| | Niños adoptados | Niños concebidos por procr. art. |
|---|---|---|
| Posibilidad de mantener vínculo con la familia de origen | "...Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción." (art. 621). | Esta posibilidad no se reconoce a las personas concebidas por técnicas de fecundación artificial. |
| Obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico | "Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado" (art. 596). | No hay ninguna norma que exija eso y podría suceder que el niño nunca se entere sobre cómo fue concebido. |
| Derecho a ser oído | Es un principio general el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez" (art. 595 inc. f). | No hay una norma así. |

| | Hijos por naturaleza | Hijos por fecundación artificial |
|--|--|---|
| Regla general | La filiación se determina por la verdad biológica. | La filiación se determina por la voluntad procreacional. |
| Maternidad | Se determina por el parto. | Se determina por el parto. |
| Posibilidad de reclamar filiación | Puede reclamar la filiación contra su madre o padre biológico. | No puede reclamar filiación contra dador de gametos. |
| Deber de procurar determinar la paternidad | Existe obligación jurídica de determinar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna. | No se permite indagar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna. |
| Posibilidad de impugnar la maternidad o la paternidad | Pueden impugnar la maternidad o la paternidad. | No pueden impugnar los vínculos filiatorios. |

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) estableció en su art. 17, inc. 5: "...la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo". Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 2 que "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen

nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

En la Comisión de Derecho de Familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se aprobó por unanimidad un despacho que sostiene: "De lege lata y de lege ferenda: La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional".

Podemos afirmar que los legisladores abandonaron el paradigma del respeto y primacía del interés superior del niño, privilegiando una aproximación desde los deseos de los adultos.

3.6. Otros problemas de la utilización de gametos de terceros en fecundación artificial

Sin perjuicio de los problemas de fondo que presenta la procreación artificial en general, podemos sintetizar otros problemas de la dación de gametos por terceros:

a) Vinculación entre hijos de un mismo donante: la utilización de los gametos de un mismo donante para varias (e incluso muchas) fecundaciones genera el problema de que hijos del mismo dador se conozcan en el futuro en orden a un matrimonio, con los problemas consiguientes. Se conocen casos de personas con cientos de hijos biológicos por fecundación heteróloga.

b) Dación de gametos y responsabilidad por transmisión de enfermedades: si se permite seleccionar los gametos, surge la pretensión de reclamar daños y perjuicios cuando el hijo concebido por estas técnicas nace con una discapacidad, buscando como responsables al dador de los gametos, al centro biotecnológico o a alguno de los profesionales. El hijo, deja de ser un don, y es visto como un "pro-

ducto", como una "cosa" que debe reunir estándares de "calidad", algo incompatible con la dignidad de la persona humana.

c) Selección del dador para fines eugenésicos: si se permite seleccionar al dador de gametos, entonces surge la tentación de que tal elección esté animada por una finalidad eugenésica, es decir, que se pretenda elegir ciertas características de la descendencia eligiendo al dador. De alguna manera, toda dación de gametos conlleva esta impronta eugenésica, pues siempre se utiliza algún criterio de selección de gametos, desde los más simples (edad) hasta más complejos (características genéticas). Incluso, algunos criterios refieren a la profesión del dador, a su coeficiente intelectual, a su aspecto físico, a sus ascendientes, entre otras.

d) Comercialización de gametos: permitir seleccionar los gametos en un procedimiento tan costoso económicamente, supone que los gametos adquieran un valor económico en función de las características del dador. En definitiva, los gametos podrían ser considerados como la "materia prima" del nuevo ser. En los Estados Unidos existe un "mercado" de gametos y en un artículo publicado en el *Hastings Center Report* en 2010 se reporta la existencia de avisos en periódicos universitarios que llegaron a ofrecer u\$s 50.000 por óvulos dados con fines de fecundación heteróloga. También se señala que el precio variaba según el nivel

intelectual de los estudiantes destinatarios de los avisos, e incluso en algunos casos se ponían condiciones vinculadas con la apariencia y la etnia de las potenciales dadoras. Dos grandes problemas surgen ante esta realidad: la "comodificación" (commodification) de los gametos humanos y de los embriones mismos y la explotación de la mujer.

e) Ruptura de la unidad matrimonial: finalmente, Elio Sgreccia señala que el recurso a la dación de gametos afecta el principio de la unidad matrimonial y conyugal. Hay una doble infracción de la unidad del matrimonio: se infringe la unidad conyugal-generativa, y se infringe la unión en su dimensión unitiva y procreativa.

4. El cuerpo humano y las biotecnologías

4.1. Normas sobre el cuerpo humano

En el título preliminar del nuevo Código se incorpora un artículo referido al cuerpo humano, que llamativamente está incluido entre los "bienes":

"ARTÍCULO 17.- Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por

su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales".

El texto resulta una novedad respecto al Código anterior. La redacción presenta algunas dificultades que habrá que disipar en el futuro a medida que avance la aplicación de la norma.

Algunas reflexiones que podemos ofrecer:

a) El texto parece ordenarse a abordar las nuevas problemáticas que suscitan las biotecnologías respecto al cuerpo. Tal como se desprende de los Fundamentos, la reforma tiene una lejana vinculación con el Código Civil Francés, según las reformas de 1994, 2004 y 2008, que en el título I (De los derechos civiles) del libro I (De las personas) introduce un capítulo especial que se denomina "Del respeto al cuerpo humano", compuesto por diversos artículos. En el artículo 16, afirma: "*La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe todo atentado contra su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida*". En el artículo 16-1, dispone: "*Cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial*". En 2008, en el Código Civil Francés se agregó un inciso (16-1-1) sobre la pro-

tección del cuerpo luego de la muerte. El artículo 16-2 habla de las medidas que puede tomar el juez para hacer cesar atentados contra el cuerpo, el artículo 16-3 se refiere a la integridad del cuerpo ante actos médicos y el consentimiento, el 16-4 se refiere a las prácticas eugenésicas, el 16-5 a la nulidad de las convenciones que confieren valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos y sus productos, el 16-6 a la experimentación sobre la persona, el 16-7 declara nula toda convención sobre la procreación o la gestación para otro, el artículo 16-8 estableciendo el anonimato en las daciones de elementos o productos del cuerpo y el artículo 16-9 que considera a las disposiciones de este capítulo como de orden público.

b) Si bien el Proyecto del Código Civil se aparta del texto francés, reconoce un lugar especial al cuerpo humano y su dignidad, expresada -importante pero no suficiente- en que no tiene valor económico.

c) En los Fundamentos del Proyecto se afirma que "tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones". Ello parece indicar una concepción personalista que no incurre en el dualismo de distinguir "cuerpo" y "alma" e identificar a la persona sólo con la voluntad. La persona es su cuerpo y el cuerpo es la persona. En tal sentido, no resulta correcta la expresión del artículo 17 de "derechos sobre el

cuerpo humano", pues tampoco se podría hablar de "derechos sobre la persona". La persona es el titular de los derechos. El cuerpo humano, como realidad biológica física, es la persona y no puede ser "objeto" de derechos. En los fundamentos del Anteproyecto se afirmaba: "El derecho a la integridad personal se extiende, tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de las mismas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (arts 16.1, 16.5 incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial".

d) **El cuerpo no puede ser objeto de derechos patrimoniales:** en los fundamentos del anteproyecto se rechaza la postura "que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible

separar elementos que se califican como 'cosas', que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites. Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay problemas vinculados a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento".

e) **Las partes del cuerpo y su valor para la salud y existencia del hombre:** En los fundamentos del proyecto se afirma: "Tampoco podemos dejar de advertir el progreso experimentado por la ciencia y la técnica que permite la utilización de determinadas partes del cadáver para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre. No son bienes en el sentido jurídico del artículo 2312 C.Civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena. El tema surgió palma-

riamente en la problemática de los trasplantes de órganos, luego con partes mucho más minúsculas del cuerpo (muestras biológicas depositadas en biobancos, líneas celulares, células madre), pues con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o ciertas partes del mismo son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este mundo de los vivos. En estos supuestos, el valor que se les dé, puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa". Para los fundamentos del anteproyecto "puede admitirse la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social". Nos permitimos disentir con esta postura, por entender que el cuerpo como tal no puede ser objeto de derechos. Se verifica una confusión entre las partes del cuerpo y el cuerpo mismo. Ello resulta por la escueta formulación del artículo 17 del nuevo Código, que es muy sintética y no tiene la precisión del Código Francés ya mencionado.

f) **El cuerpo humano y el inicio de la vida:** Esta visibilización del "cuerpo humano" en el nuevo Código Civil y Comercial, más allá de las diferencias filosóficas que podamos tener con la redacción propuesta y con cierta cosificación del cuerpo humano que parece subyacer, [18]

[18] En el INFORME elevado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina a la Comisión de reformas creada por Decreto 191/2011, se propuso una norma sobre el tema del cuerpo del siguiente tenor: "[Principio de

significa que el momento en que se "forma" el cuerpo no es indiferente para la interpretación sistemática del Código. Y no pueden haber dudas que el "cuerpo" se forma con la unión de los gametos y la formación del embrión unicelular. Por eso, la norma sobre el cuerpo es relevante respecto al inicio de la vida en la concepción, entendida como fecundación. Mientras que los gametos serían claramente "productos" del cuerpo humano, los embriones no lo son, pues ya configuran una nueva entidad distinta del padre y de la madre. El "cuerpo humano" se forma a partir de la unión de los gametos masculino y femenino, que están en su origen como "material biológico" pero que en el momento de su fusión se convierten en un nuevo y distinto ente. Es allí donde surge el "cuerpo", la materia individual que configura la persona.

4.2. Dignidad humana y manipulación genética

Dentro del capítulo dedicado a los derechos personalísimos, se incorpora un valioso artículo sobre la importancia de la dignidad de la persona humana, que proyecta efectos como un principio jurídico

fundamental para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico:

"ARTÍCULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

Por su parte, el artículo 57 dispone:

"ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmite a su descendencia".

El artículo resulta de importancia para marcar un límite a las biotecnologías aplicadas a la vida humana y será motivo de interpretación determinar los alcances de tales límites. Inicialmente, este artículo se refería a las prácticas eugenésicas y contenía una redacción algo ambigua que mereció algunas críticas en las audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral.

primacía de la persona humana. Respeto al cuerpo] Se garantiza la primacía de la persona humana, se prohíbe todo atentado contra su dignidad y se garantiza el respeto del ser humano desde el inicio de su vida. Cada persona física tiene derecho al respeto de su propio cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y productos, no pueden ser objeto de un derecho patrimonial. El respeto del cuerpo humano y la integridad física conllevan la prohibición de las intervenciones ordenadas al cambio de sexo".

4.3. Adolescentes y toma de decisiones en salud

El nuevo artículo 26 del Código Civil dispone:

"Artículo 26: ...Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

La disposición es motivo de una controversia, pues se ha extendido la autonomía de las personas menores de edad respecto a las decisiones médicas. En este sentido, podemos sostener que se afecta la autoridad de los padres durante la etapa de crecimiento de sus hijos y fragmenta la familia.

4.4. Eutanasia

El artículo 60 al regular las directivas anticipadas aclara: "*...Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas*". De esta manera, se mantiene la prohibición de la eutanasia conforme a la actual redacción de la Ley 26529 que regula los derechos de los pacientes. Sin embargo, en el artículo 59 del nuevo Código Civil se ratifica lo dispuesto por la Ley 26742 de muerte digna y se permite la renuncia a la "alimentación y la hidratación", en lo que constituye una forma de eutanasia por omisión de cuidados.

4.5. Investigación en seres humanos

Se incluye una norma específica sobre los requisitos jurídicos mínimos que deben cumplir las investigaciones en seres humanos en resguardo de los derechos personalísimos (art. 58), a saber:

ARTÍCULO 58.- Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:

a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;

b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;

c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;

d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;

e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;

f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;

g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;

i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;

j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

4.6. Consentimiento informado

Se regula lo relativo al consentimiento informado para actos médicos, en continuidad con la Ley 26529 de derechos del paciente (artículo 59 CCyC), a saber:

ARTICULO 59.- *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:*

a) su estado de salud;

b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) los beneficios esperados del procedimiento;

d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Este artículo ha de ser interpretado a la luz del artículo 55 que señala límites al consentimiento en función de la ley, la moral y las buenas costumbres.

ARTÍCULO 55.- *Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.*

5. La transmisión de la vida humana y la configuración jurídica del matrimonio

5.1. Introducción

La familia se funda en el matrimonio. Ambas son instituciones que repercuten fuertemente en la conformación actual y futura de la sociedad. Los cónyuges, a través del matrimonio, buscan alcanzar una cierta plenitud que se desborda en el don de la vida. Los niños crecen, se forman y se educan en el marco que les proporciona la familia así considerada.

Al Estado le interesa profundamente la regulación del matrimonio, ya que matrimonios sólidos y estables proporcionan fundamentos básicos que favorecen la solidez y estabilidad de las personas. Por eso el Estado debe promover matrimonios sólidos, estables, que puedan abocarse a la contención y a la formación de las nuevas generaciones.

Entendemos que el Código Civil contiene algunas ambigüedades que terminarán necesariamente por perjudicar la institución matrimonial y ello tiene incidencia en la transmisión de la vida humana y el interés de los niños.

5.2. Derechos y deberes de los cónyuges. Modificaciones fundamentales

| Código actual | Código aprobado |
|--|---|
| <p>Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.</p> <p>Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos.</p> <p>Art. 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.</p> | <p>ARTÍCULO 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.</p> |

Estas modificaciones merecen las siguientes observaciones:

- **El deber de asistencia:** es el único deber jurídico que subsiste, y se expresa solamente en la obligación de aportar alimentos.

- **Supresión del deber jurídico de fidelidad:** la fidelidad es enunciada como un mero deber moral (es decir, que no puede ser exigido jurídicamente). Suele defenderse esta supresión a través de la afirmación de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la institución matrimonial no puede quedar sujeta a los puros deseos de las partes. La fidelidad en el matrimonio es un valor central de esa institución y su debilitamiento contribuye a minar las bases de la familia. Además, un problema se plantea cuando uno de los cónyuges quiere ser infiel y el otro no. En ese caso, el Código Civil no aporta ninguna solución para el cónyuge víctima, al que deja en absoluta inferioridad frente al otro; sino que sólo legitima y facilita el terreno al infiel. Al mismo tiempo, tampoco será tan clara la admisibilidad de acciones por daño moral provocado por el infiel ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no ameritaría una reparación. Hay que ser conscientes también que la supresión del deber de fide-

dad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño. Como afirma Basset, "el que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad". [19]

- **Supresión del domicilio conyugal:** en la regulación del matrimonio se elimina la figura del "domicilio conyugal", aunque luego aparece en el título dedicado al Derecho Internacional Privado. Si no hay domicilio conyugal, se debilita el deber de convivencia con todas las consecuencias que esta ambigüedad traerá sobre todo para los terceros. Si no hay domicilio conyugal, mal puede existir una vivienda conyugal inembargable e inejecutable. También se complican sobremanaera las presunciones de filiación, porque ellas se fundan en la unión de los cónyuges implícita en el deber de cohabitación, y se hace necesario establecer otros criterios para determinar la filiación (la realización de pruebas de ADN, etc.). Nuevamente aquí, la supresión de esta figura parece facilitar el terreno a quien no quiere cohabitar, en desmedro del cónyuge que sí quiere hacerlo.

[19] Basset, Úrsula; "Matrimonio"; en AA.VV., "Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe de

5.3. La supresión de la separación personal

El actual texto del Código Civil dedica los artículos 201-212 al régimen de la separación personal, la cual no disuelve el vínculo matrimonial. El nuevo Código elimina estos artículos, y la institución entera. Así, frente a cualquier desavenencia conyugal, la única opción será el divorcio ("express"), sin permitir a los cónyuges una posibilidad menos drástica, radical y definitiva. Por otra parte, mientras que en el matrimonio las partes no tienen obligación de convivir, resulta contradictorio que tengan aquí la obligación de divorciarse. El Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos.

5.4. El divorcio "express"

Art. 437: El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

La sanción del así llamado "divorcio express" consiste en la eliminación de la culpa como causal del divorcio. Se argumenta que esta eliminación disminuye la conflictividad de los juicios. Estamos en

condiciones de decir que, por el contrario, aumenta esta conflictividad, ya que asegura que el cónyuge que sufre una infidelidad no va a obtener ningún reconocimiento, reparación, ventaja o resarcimiento. Esto es paralelo a la eliminación del deber jurídico de fidelidad, pero causa una gran desazón moral en las relaciones conyugales, minando la confianza mutua ya desde el comienzo de la unión. "Quitar la posibilidad del examen jurisdiccional de la culpa no sólo banaliza el matrimonio sino que además añade sufrimiento sobre sufrimiento, demostrando a la víctima que la injuria que sufrió es irrelevante para el derecho y que su injusticia no merece reparación alguna (...). De modo que, probablemente cerrar la puerta a que el conflicto entre adultos eclosione en el marco propio del divorcio, probablemente implicará que éste mismo conflicto no sólo no desaparezca, sino que se encauce en los procesos que involucren a los niños". [20]

No olvidemos que la protección del matrimonio y la familia, a la cual nuestro país se obligó en numerosos tratados internacionales, tiene como objetivo final la protección del interés superior de los niños, principio que no aparece mencionado en esta parte del Código.

la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina", Buenos Aires, El Derecho, 2012.
[20] Ídem.

A su vez, el divorcio que propugna el texto reformado elimina el requisito del tiempo de espera entre los cónyuges, optando directamente por legislar desde el principio a favor de las rupturas matrimoniales, y no por el fomento del vínculo familiar.

El matrimonio como institución jurídica fundante de la familia aparece así desconfigurado de sus elementos propios según la riqueza antropológica del varón y la mujer. Los problemas generados por la Ley 26618 de legalización de las uniones de personas del mismo sexo, se agudizan con el texto del nuevo Código Civil y Comercial que responde a una mentalidad marcadamente individualista inspirada en la ideología del género, debilitando los vínculos básicos de la persona humana.

5.5. Las uniones convivenciales

Los artículos del Código que regulan las uniones convivenciales afirman lo siguiente:

ART. 509.- **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos

personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

ART. 510.- **Requisitos.** El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este título a las uniones convivenciales requiere que: los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado. c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.

d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años.

ART. 511.- **Registración.** La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

ART. 512.- **Prueba de la unión convivencial.** La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Así, los requisitos para acceder a este tipo de unión son bastante más exigentes que los requeridos para el matrimonio, siendo que estas uniones en la práctica real se llevan a cabo justamente para no tener que asumir exigencias y requisitos propios del matrimonio.

En síntesis, de sancionarse esta reforma, las uniones convivenciales reunirían mayores requisitos y deberes que los matrimonios. Ello conduce a una depreciación social del instituto del matrimonio.