

La lógica de la legislación proyectada en materia de familia

Reformar para transformar⁽¹⁾

por **MARISA HERRERA**⁽²⁾

“lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya existe, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del ‘quien’, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal los incluya”. **Judith Butler**

I | De-construyendo y re-construyendo la noción de familia desde los derechos humanos. Por qué reformar

Hasta hace un tiempo, se creía que cuando se hablaba de derechos humanos se circunscribía a los delitos de lesa humanidad. Esta lucha —aún inconclusa— ha tenido un efecto expansivo del cual no se ha tomado total dimensión acerca de su magnitud. De ahí que el término “identidad” y su

.....

(1) Este trabajo tiene como antecedente directo dos trabajos, “Sobre familias en plural. Reformar para transformar”, en *Revista UCES*, Bs. As., 2013, en prensa y “Familias e identidades: la lógica de los cambios”, en *Revista Desafíos*, año 3, n° 4, pp. 50/59.

(2) Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA/UP). Integrante del equipo de trabajo en temas de familia, infancia y adolescencia de la Comisión de Reforma del Código Civil creada por decreto 191/2011.

plural, “identidades”, encierre una multiplicidad de connotaciones; al igual que la familia o mejor dicho, las familias —también en plural— que no han estado exentas de este movimiento locuaz.

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad. Uno de ellos ha sido el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, desde 1994, han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico” le pertenece a uno de los recordados maestros del derecho constitucional que, no por casualidad, se interesó en los conflictos de familia, siendo esta frase el título de un trabajo doctrinario en el que se comenta una sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la normativa de la aquél entonces vigente ley de adopción 19.134, es decir, sobre una figura del derecho familiar.⁽³⁾

¿Cuáles han sido las reformas legislativas que han colocado en jaque el modelo tradicional de familia, aquél centrado en la familia matrimonial heterosexual cuya procreación deriva del acto sexual? ¿Qué sectores de la sociedad han acompañado estas transformaciones culturales y cuáles se han resistido? ¿Cuáles serían los principios constitucionales-convencionales mínimos sobre los cuales debería edificarse una nueva legislación civil focalizada en las relaciones de familia?

En los últimos años —no tantos, sólo tres años—, la legislación nacional ha sufrido modificaciones sustanciales. Sólo basta con citar la llamada “Ley de Matrimonio Igualitario”, que extiende una figura tan tradicional y central del derecho de familia clásico como es el matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes (ley 26.618 del 2010); línea legislativa en expansión a la luz de lo que ha acontecido en el primer semestre del 2013, en el que no sólo Uru-

(3) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 997-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”, en *Revista Investigación y Docencia*, n° 40, [en línea], http://www.centrodefilosofia.org.ar/lyD/iyd40_16.pdf compulsada el 22/04/2013.

guay, Nueva Zelanda y Francia han sancionado sus leyes al respecto, sino también lo han hecho algunos estados de México y también en Brasil, por la admisión judicial de aplicar de manera analógica la figura de la conversión de las uniones estables, lo que habría presionado al Consejo Nacional de Justicia para dictar la resolución 175 del 14/05/2013, que reconoce de manera expresa dicha conversión. Se trata de una realidad jurídica que se complementa con la Ley de Identidad de Género (ley 26.743, del 2012), que extiende el reconocimiento a otra minoría social como lo son los transexuales —ambas normativas, auspiciadas por varios precedentes jurisprudenciales, tales como ciertas resoluciones y decretos (entre ellos, los 773 y 1006 del 2012)—, por citar determinados hitos legales que han puesto a la Argentina, desde el punto de vista legal-comparativo, en un lugar de privilegio o de “vanguardia” en la búsqueda por ampliar el reconocimiento de formas de vida y, junto a ello, de modelos de organización familiar. Cabe citar, de manera más reciente, la Ley de Cobertura Médica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que beneficia a toda persona mayor de edad con total independencia del estado civil o de la orientación sexual.

Desde la perspectiva de derechos humanos, y teniendo el derecho a la identidad un peso muy fuerte debido a lo acontecido durante la última dictadura militar, hablar de familias en plural significa, a la vez, regular y reconocer diferentes “identidades” (también en plural). Éste es un adecuado termómetro para medir el grado de compatibilidad o coherencia entre la legislación civil y la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, o en otras palabras, de evaluar si, efectivamente, un determinado Código Civil cumple con la obligada “constitucionalización del derecho privado”, una manda a la hora de edificar una nueva legislación civil.

Nuestro Código Civil actual data de 1871; y ha tenido algunas modificaciones y *aggiornamientos* parciales. Uno de las modificaciones más relevantes fue la que introdujo la ley 17.711 durante el régimen de Onganía en 1968, así como otras reformas sustanciales en instituciones puntuales como patria potestad y filiación (ley 23.264 en 1985), matrimonio y divorcio (ley 23.515 en 1987), adopción y su incorporación al Código Civil al sancionarse la ley 24.779 en 1997, por citar verdaderos hitos normativos en el campo del derecho de familia. Más allá de estos cambios, lo cierto es que el Código Civil no ha observado una reforma integral. ¿Es posible que el

texto legal que rige la vida diaria de las personas se mantenga, al menos en su estructura o columna vertebral, habiendo corrido tanta agua debajo del puente en el campo social, siendo éstas —las personas— las principales destinatarias o usuarios de las normas?

Centrados en las relaciones de familia, es sabido que las dinámicas familiares no son las mismas, observan otras morfologías y otras improntas. Por citar un dato de la realidad ineludible: la gente, gracias al desarrollo y al avance de la ciencia médica, tiene una perspectiva de vida más longeva y en mejores condiciones de salud. Por lo tanto, la pareja que uno conformó a los treinta o cuarenta años puede no ser el compañero que siga eligiendo a los cincuenta o sesenta y aún le quedan varios años de vida. Esto nos obliga a pensar no en “familia” en singular, sino más en la idea de “trayectorias familiares”, ya que uno a lo largo de la vida puede pasar por más de una forma familiar. Es decir, habría un derecho de la persona a vivir o formar una familia, más que de un derecho de familia como un ente abstracto y diferenciado de las personas que lo integran con derechos propios, que pueden o no coincidir entre todos sus integrantes. ¿Hay una protección de “la familia” o, en definitiva, se pretende proteger a las personas en tanto miembros de un grupo social que se lo conoce como familia?

Para una clara demostración de estos cambios y la pluralidad que muestra la escena familiar de hoy, cabe traer a colación el último libro de los alemanes Ulrich Beck y su esposa, Elisabeth Beck- Gernsheim, quienes analizan lo que ellos denominan “amor a distancia”, que no es otra cosa que el reconocimiento de:

“Las distintas realidades que hemos agrupado bajo el concepto de ‘familias globales’, se trate de parejas binacionales, amor a distancia, trabajadoras domésticas emigrantes, turismo reproductivo u otras nuevas formas de amor y familia, tienen un rasgo en común: no podemos comprenderlas ni desde una perspectiva nacional ni desde una perspectiva universalista, sino solo desde una perspectiva cosmopolita”.⁽⁴⁾

(4) BECK, ULRICH y BECK- GERNSHEIM, ELISABETH, *Amor a distancia. Nuevas formas de vida en la era global*, Bs. As., Paidós Contexto, 2013, p. 95.

¿El Código Civil vigente está preparado para aceptar o al menos, brindar soluciones concretas a esta realidad social o al menos, a varias de ellas? Si se tiene la sensación —y certeza— de que la legislación civil actual no está a la altura de la diversidad familiar de hoy, qué se puede esperar para dentro de unos años, cuando los cambios se aceleran por el propio impulso de un desarrollo que no da muestras de detenerse —y eso no tiene, de por sí, una connotación negativa sino, por el contrario de mayor complejidad y desafío—.

Esta incompatibilidad evidente entre derecho (Código Civil) y sociedad es una de las tantas preocupaciones sinceras puestas de resalto en el decreto 191/2011, que crea la comisión para reformar de manera integral el Código Civil y unificarlo, de paso, con el Código de Comercio. Así, en este instrumento no sólo se explicitan las razones por las cuales se considera necesaria una reforma integral, sino también se señalan los pilares sobre los cuales se edifica —de manera obligada— esta nueva normativa. En este sentido, se dijo

“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”.

¿Acaso es posible sostener que la Ley de Matrimonio Igualitario responde a la misma lógica interna que campea el Código Civil aún vigente? No hace falta ir a un ejemplo que para algunos resulta aún un tanto extremo u hostil como lo es la igualdad en razón de la orientación sexual. Piénsese en la ley 26.061 de Protección integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que promueve el principio de autonomía progresiva, es decir, acepta que, como acontece en la realidad, los niños a mayor grado de madurez pueden ejercer por sí determinados hechos o actos jurídicos —en especial, aquéllos relacionados con sus derechos personalísimos como lo son todos aquellos relativos al cuidado del propio cuerpo—, en el marco de un Código Civil que, de manera rígida, recepta un régimen de capacidad/incapacidad civil, en el que las personas menores de edad son

considerados “incapaces” y en el mejor de los casos, menores adultos (de 14 años en adelante) con severas limitaciones a la capacidad de ejercicio.⁽⁵⁾

Claro está, entonces, por qué cambiar. Ahora bien, también se puso de resalto “Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas” y que “En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”. Esta expresa mención al llamado “bloque de la constitucionalidad federal”, con el peso o relevancia que ostenta sobre todo el ordenamiento jurídico *infra*, no sólo es mencionado para señalar cuál ha sido el principal motor de los cambios acontecidos en el derecho nacional, sino también para marcar el punto de partida —obligado, por cierto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna— desde el cual elaborar el texto legal en cuestión. Esto también es explicitado en los Fundamentos del Anteproyecto, en ocasión de referirse a los “Aspectos valorativos”: se consigna como segundo principio la “constitucionalización del derecho privado”, afirmándose que:

“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho

(5) Este tema ha sido analizado con mayor profundidad en varios trabajos anteriores, entre otros, HERRERA, MARISA y MINYERSKY, NELLY, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Bs. As., Fundación Sur- Editores del Puerto 2006, pp. 43/70; HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061”, en Lily Flah (dir.), Sandra Fodor y Mabel Del Arbol (coords.), *Los Desafíos del derecho de Familia en el siglo XXI. Derechos humanos. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas Infanto- Juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Bs. As., Ed. Errepar, 2011, pp. 693/720; HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *Revista de Daños*, 2011-3, Santa Fe, RubinzalCulzoni, pp. 535/587. Y de manera más reciente, SANTI, MARIANA, “La persona menor de edad en el Proyecto de Código”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 5, junio, 2013, p. 173 y ss.

privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Y, junto a éste y por efecto derivativo, otros principios, como el de igualdad y pluralidad, se traducen —en palabras de los Fundamentos— en la idea de que sea un Código para “una sociedad multicultural” —noción que focaliza en las grandes transformaciones que se presentan en el campo de la familia (como se verá más adelante, varias de las modificaciones no son otra cosas que reales “actualizaciones”)—. En tal sentido, se destaca que:

“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”.⁽⁶⁾

Nadie duda que el Código Civil debe ser modificado; de hecho, se lo ha intentado en varias oportunidades sin éxito. De este modo, el interrogante central no es si reformar o no, sino cómo y en qué dirección hacerlo.

(6) LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley* 2012-C, p. 581.

Para acercarnos a responder —al menos, en parte— esta pregunta, se indaga sobre uno de los campos que más debate ha generado en los medios de comunicación, en la comunidad académica y, con menor intensidad, en la sociedad en general: los cambios que propone el Proyecto en el ámbito de las familias y sobre las identidades de los integrantes que las conforman, siempre en plural para que sea una normativa que acapare la mayor cantidad de formas de vivir en familia y, con ello, proteja y respete la mayor cantidad de personas en la elección de su vida, intimidad o identidad familiar.

¿A qué se ha debido tanto revuelo —mayormente en la academia⁽⁷⁾ y ciertos actores sociales, como la Iglesia Católica— sobre los cambios proyectados en materia de familia, infancia y adolescencia? En primer lugar, es cierto que las principales transformaciones sociales/culturales se hallan en la regulación del Libro II referido a las “Relaciones de Familia”. Aquí no se sigue, como sí acontece en parte del resto del articulado proyectado, el último intento reformista acontecido en 1998, salvo básicamente, en el régimen de bienes en el matrimonio. ¿Por qué? Desde la perspectiva de los derechos humanos, la idea de pluralidad está marcada a fuego, la cual, entrecruzada con el principio de igualdad y no discriminación, significa que toda persona —mientras no afecte derechos de terceros— puede llevar adelante el proyecto de vida íntima y familiar que desee (conf. art. 19 CN). Y, para tal fin, no basta que el Estado asuma obligaciones negativas o de no intromisión, sino también acciones positivas; es decir, de reconocimiento, aceptación y promoción de que cada uno pueda, efectivamente, desarrollar la forma de organización familiar que quiera, sabiendo que ella estará protegida y contenida en la ley, como lo ha hecho el Código Civil desde casi sus comienzos con el matrimonio civil heterosexual al sancionar la ley 2393 en 1888. Sucede que, precisamente, a la luz del mencionado art. 19 de la Carta Magna,

(7) Ver, entre otros, BORDA (h.), GUILLERMO J., “Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial unificado (entre la ideología del reformador y la tradición de los argentinos)”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012 p. 32 y ss; BASSET, ÚRSULA, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley 2012-E*, 912; LÓPEZ DEL CARRIL, LUIS MARÍA, “El divorcio en el proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley 2012-E*, 136; GHERSI, CARLOS A., “Algunas cuestiones lingüísticas que tienen que ver con el contenido del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial”, en *MJ-DOC-6149-AR MJD 6149*; RIVERA, JULIO, “La proyectada recodificación del derecho de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y Persona*, julio, Bs. As., La Ley, 2012, p. 3 y ss.; BORDA, ALEJANDRO, “Matrimonio y Familia”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2012-E, 1345; SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, op. cit., p. 90 y ss.

de la interpretación dinámica que se ha desarrollado en torno a esta normativa y del correspondiente derecho a la libertad por parte de la doctrina y jurisprudencia más “progresista”, se logró extender esa contención familiar centrada o focalizada sólo en la familia matrimonial heterosexual con hijos nacidos del acto sexual, a otros proyectos familiares; incluso admitiéndose, sin ninguna connotación peyorativa, el retraso en la conformación de una pareja y en la planificación de los hijos, debido al avance de los derechos sexuales y reproductivos, y a la inserción de la mujer en el mercado laboral, por destacar algunas de las razones de estos cambios sociales.

Ésta es, de manera harto sintética, la lógica que está detrás o por delante de la reforma en materia de familia y que, siendo ostensiblemente visible, facilita la comprensión de las principales modificaciones —tanto en las instituciones o figuras nuevas como en las tradicionales, las que claramente se muestran remozadas—.

En suma, para cerrar este primer apartado introductorio, ninguna frase es más precisa que la esgrimida por un profesor francés de derecho internacional René J. Dupuyen en su obra *La emergencia de la Humanidad*, quien ha afirmado: “Vivimos en un mundo en el que, por fuerza, hay que hacerles sitio a todos. No se puede huir de los otros; no existe otro lugar”. Es el campo del derecho de familia el más hábil y, a la vez, sensible para medir —a modo de termómetro— cuán inclusivos o cuánta inclusión (como sociedad, como académicos, como personas) somos capaces de aceptar.

2 | Lo nuevo

2.1 | Algunas consideraciones generales

A fin de lograr una lectura más organizada y, en lo posible, didáctica, se analizan de manera sintética los principales cambios que propone el Proyecto en el Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de familia”, desde dos ejes bien diferenciados: aquellas novedades o incorporaciones que se introducen en la legislación civil y aquellas modificaciones a instituciones que ya están presentes en el Código Civil pero que muestran una fisonomía bien distinta de la legislación aún vigente.

Cabe destacar que, si bien las incorporaciones a la legislación civil no son temáticas del todo novedosas —ya sea porque la jurisprudencia ha debido incursionar en algunas de ellas (por ejemplo, la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida en la que los repertorios jurisprudenciales muestran, cada vez con mayor asiduidad, precedentes en los cuales se resuelve la cobertura médica de este tipo de técnicas,⁽⁸⁾ a tal punto que se ha logrado una reciente ley nacional de cobertura que está totalmente a tono con la legislación civil proyectada);⁽⁹⁾ o porque determinadas leyes especiales nacionales o locales regulan algunos aspectos —como acontece con las uniones de hecho (en el Proyecto, denominadas uniones convivenciales)—, cada vez observan un menor silencio jurídico por interés legal o jurisprudencial.

Por otra parte, y a modo de aclaración, se destaca que hay otra cantidad de incorporaciones y/o modificaciones que se introducen por fuera del Libro Segundo y que impactan de manera directa en la normativa sobre las relaciones de familia, como todo lo relativo a la persona humana, la distinción jurídica entre niños y adolescentes (art. 25), el principio de autonomía progresiva (art. 26),⁽¹⁰⁾ el tratamiento legal de las personas con padecimientos mentales (arts. 31/50), algunas cuestiones referidas al derecho sucesorio y a la responsabilidad civil, por citar algunas. Todas ellas no son abordadas en esta oportunidad por varias razones —principalmente, de carácter espacial—, pero es dable tener en cuenta que desde una ne-

(8) Como síntesis de estos avances, nos remitimos al análisis y compulsa jurisprudencial realizada en HERRERA, MARISA; DE LA TORRE, NATALIA y BLADILLO, AGUSTINA, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, en Suplemento Jurisprudencia Argentina, JA 2013-II 2013/05/01, p. 13 y ss. y Abeledo Perrot n°: AP/DOC/521/2013.

(9) Esta afirmación se puede corroborar en varios pasajes de esta nueva normativa. Así, el art. 2, referido a la definición, expresa en su parte pertinente que: “Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones”. En consonancia con ello, el art. 8 relativo a la cobertura, explicita que las diferentes técnicas pueden realizarse “con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”. Y de manera amplia, el beneficiario de la cobertura es “toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

(10) Para comprender los principales cambios que se derivan de esta normativa referida al ejercicio de derechos personalísimos de niños y adolescentes, nos remitimos al trabajo de WIERZBA, SANDRA, “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado*, año I, octubre, n° 2, Infojus, 2012, p. 119 y ss.

cesaria visión sistémica, todas ellas —con mayor o menor entidad— han incidido para que la fisionomía del Libro Segundo sea tan diferente al texto legal actual como incluso al proyectado de 1998.

2.2 | Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

2.2.1. Una tercera fuente filial

El principio de realidad, uno de los pilares sobre los cuales se edifica la reforma del Código Civil, nos muestra la cantidad de niños que nacen gracias al avance de la ciencia médica, es decir, al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. 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.⁽¹¹⁾ ¿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 son 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, es determinante. Así, las normas que regulan la filiación “biológica o por na-

(11) Ver, entre tantos otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *Revista Jurídica La Ley 2010-E*, p. 977; LLOVERAS, NORA; MIGNON, MARÍA BELÉN, “La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil”, en *SJA 17/08/2011*; KRASNOW, ADRIANA N., “La filiación en el hoy y en el mañana”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs.As., AbeledoPerrot, 56/155, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2776/2012; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Comaternidad y copaternidad igualitaria”, en *Revista Jurídica La Ley 2012-B*, p. 1251.

turalidad” 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 filiación adoptiva para que amerite o justifique una regulación de la primera como tercer tipo filial autónomo.

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. Éste 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. Éste fue, precisamente, uno de los tantos conflictos que involucran a las TRHA, que ha llegado a los estrados judiciales y que, en definitiva, deberá resolver la Corte Federal al concederse el recurso extraordinario interpuesto ante la decisión de la Alzada que ordenó al centro de salud transferir los

embriones a pesar de la negativa del ex marido.⁽¹²⁾ Por otra parte, cabe destacar que esta particularidad también está presente en la Ley Nacional de Cobertura Médica, sancionada en junio del 2013, que en la última parte del art. 7 —referido a los beneficiarios— dispone: “El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Se trata de la misma línea legislativa que adopta la legislación civil proyectada, siendo esta nueva normativa nacional otra razón más, y de peso, para reafirmar la pertinencia de lo dispuesto en el art. 560, que establece: “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. ¿Acaso ya no sería dable afirmar que una gran mayoría de la Cámara de Diputados se ha expedido a favor de esta decisión legislativa; con mayor precisión, 203 a favor, 10 abstenciones y uno en contra?

Si las TRHA han sido uno de los temas más sensibles que el Proyecto de Reforma ha presentado, algunos conflictos en particular produjeron una doble sensibilidad o consideración especial. Nos referimos a la cuestión del embrión no implantado. Si bien es un tema que amerita un abordaje propio, a los fines de acercarnos al debate, en el próximo apartado introduciremos algunas consideraciones básicas y centrales para comprender con mayor precisión los cambios que se proponen en la legislación civil proyectada.

2.2.2. El comienzo de la existencia de las persona humana

Uno de los temas más álgidos, relacionado en forma directa con las TRHA, es el relativo al comienzo de la persona humana. ¿Qué se dice al respecto en el Proyecto de reforma? Que “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” (art. 19).

.....

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 13/09/2011, “P., A. c. S., A. C. s/ medidas precautorias”, en *Revista Jurídica 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 cinco 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? ¿Debería, entonces, la Corte Federal seguir los lineamientos adoptados en el resonado caso “F.A.L” del 13/03/2012 sobre el aborto no punible?

Como se puede observar, a los fines de mantener la tradición jurídica —y en atención a la sensibilidad manifestada— el Proyecto mantiene el principio vigente por el cual la persona comienza con “la concepción en el seno materno”. Si bien el término “concepción” no sería el más preciso sino el de “anidación”, este último no tiene arraigo en el ámbito jurídico, tanto el nacional como el internacional. Cabe recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 4.1 referido al derecho a la vida, expresa que este derecho “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Por lo tanto, se mantiene el término concepción a pesar de que técnicamente, sea más preciso hablar de anidación.

¿Cuáles son entonces, los cambios que introduce la reforma? Son dos: 1) regula cuándo comienza la existencia de la persona humana en los supuestos de TRHA y 2) asevera que el embrión no implantado no es persona, sino que es objeto de protección en una ley especial; así como que tampoco se trata de una cosa ya que si fuera así, debería estar regulado en el Código Civil.

Sobre el primer punto, es lógico que si se regulan las TRHA como una tercera fuente filial, se deba admitir que ya desde el principio ambas fuentes filiales ostentan ciertas diferencias. Si se toma la noción de concepción como sinónimo de anidación, cuando se trata de TRHA esto acontece después de la transferencia embrionaria o del material genético que se implanta en el cuerpo de la mujer. Es aquí cuando hay alguna posibilidad de que la gestación siga su curso (aunque no es del todo certera, ya que aunque se haya implantado puede no proseguir el desarrollo como también acontece en los casos de filiación por naturaleza) hasta el nacimiento, momento en el que se consolidan los derechos y deberes adquiridos durante ese período. ¿En que reside aquí la diferencia? Si bien en ambos casos se toma como elemento definitorio la idea de anidación, esto acontece con la concepción cuando se trata de filiación biológica y tras la implantación en el útero de la persona en las TRHA. Aquí se utiliza de manera más amplia la noción de persona y no “seno materno” o “mujer”, tal como lo hace la regulación proyectada para estar en total consonancia con la ley 26.743, normativa que no estaba vigente al redactarse el Anteproyecto.⁽¹³⁾

(13) Esta observación ha sido esgrimida por la organización no gubernamental “100 por ciento diversidad” en su exposición en una de las tantas audiencias públicas realizadas

Sobre el segundo aspecto que incorpora el nuevo Código Civil, es decir, respecto al embrión no implantado, negarle el carácter de persona no quiere decir que no sean pasibles de una debida protección. El Código Civil no es el ámbito para regular qué tipo de protección debe dársele a los embriones crioconservados. Se trata de una cuestión compleja sobre la cual no existe consenso, conectada al desarrollo y al avance científico; por eso, todas las legislaciones extranjeras que regulan el uso de las TRHA lo hacen a través de leyes especiales, ya que se trata de un tema "bioético" con diferentes aristas a ser reguladas (acceso a las técnicas, edad máxima, control de los centros de salud, cantidad máxima de transferencias por vez, multas o sanciones administrativas por incumplimientos, etc.) que exceden con creces los objetivos, finalidades y competencias de un Código Civil. Es más, precisamente por referirse a una cuestión que está en total y constante desarrollo y avance, hay legislaciones que se imponen ser revisadas periódicamente para estar siempre actualizadas.

La diferente regulación entre los embriones crioconservados y los implantados en la persona es de toda lógica. Los segundos tienen viabilidad para desarrollarse; los primeros, sin tal transferencia, no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia. Por ello no se incurre en ningún trato discriminatorio al regular diferente lo que es, desde el punto de vista objetivo, distinto. En este sentido, cabe recordar la doctrina consolidada de la Corte Suprema de la Nación, en la que se pone de resalto que no se viola el principio de igualdad y no discriminación cuando se regula de manera distinta situaciones disímiles.⁽¹⁴⁾

.....

en el Congreso de la Nación durante octubre del 2012, la cual es retomada por Federico Notrica en su ponencia presentada en las *II Jornadas Tandilenses de Derecho de Familia*, realizadas en el Teatro del Fuerte en la ciudad de Tandil los días 25 y 26 de abril de 2013, y que quien suscribe adhiere, ya que de conformidad con lo previsto en la ley de identidad de género, una persona puede cambiar del sexo femenino al masculino sin haberse sometido previamente a una intervención de reasignación de sexo y, por ende, ser un hombre y poder tener un hijo. En este supuesto, excepcional pero fáctica y jurídicamente posible, el niño tendría padre y no madre, es decir, la concepción se produciría en el útero de una persona de sexo masculino.

(14) "Que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que 'el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (González, Joaquín V, 'Manual de la Constitución Argentina', Estrada Editores 1898, N° 107, p. 126)'. No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justifi-

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 interpretaciones: 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" en la época en que se redactó la Convención Americana no preveía lo que la ciencia luego hizo posible: que la fertilización suceda fuera del cuerpo de la persona. Que, en el marco científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término "concepción": existe una corriente que entiende por "concepción" el momento del encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide, y otra que entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, la misma que sigue el artículo proyectado.

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 sistemas se puede inferir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención. A la misma interpretación arriba al profundizar sobre las conclusiones de los trabajos preparatorios y a la luz de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Como fiel reflejo de la noción de evolución, merecen destacarse dos consideraciones que esgrime la Corte IDH: 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 regula 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 modo tal de no obstaculizar esta práctica médica, siendo que permite a muchas personas alcanzar la paternidad/maternidad.

En lo relativo a la alusión “en general” que hace el mencionado art. 4.1, 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, la Corte esgrime uno de los argumentos más fuertes que se suele exponer respecto de la pérdida voluntaria y consciente de embriones que se deriva de la fertilización o fecundación *in vitro* (FIV): toda vez que, de las pruebas rendidas en el proceso, surge que dicho descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el Tribunal entiende desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente, incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

En definitiva, para la CIDH la existencia de la persona humana, cuando se trata de TRHA, 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 art. 19 proyectado —el que, por lo tanto, pasa el “test de convencionalidad”—. Cabe reiterar que sus sentencias forman parte de nuestro “bloque de la constitucionalidad federal” y que, por ende, son de aplicación obligatoria por la legislación infraconstitucional como lo es el Código Civil.

Esta lectura obligatoria que propone la CIDH ha empezado a hacerse sentir en la jurisprudencia nacional; básicamente, en los conflictos de cobertura social de los tratamientos de TRHA. Así, cabe traer a colación el fallo de la Cámara Federal Civil y Comercial de fecha 22/03/2013,⁽¹⁶⁾ que obligó a una obra social a cubrir el tratamiento médico de fertilización *in vitro* por obstrucción de las trompas de falopio argumentado que:

“...no es posible soslayar en la litis, la especial significación que adquiere la sentencia recientemente dictada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el caso “Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica”, el 28 de noviembre de 2012, en la cual el mencionado Tribunal declaró a Costa Rica

(16) Cám. Fed. Civ. y Com, "A. P. K. y otro c/ Obra Social de la Policía Federal Argentina y otro s/ sumarísimo", 22/03/2013, en *La Ley online*, AR/JUR/6000/2013.

responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana (...) la Corte recordó que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; y que conforme lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Pues como lo ha señalado el Comité de Derechos humanos, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva”.

Tal es la incidencia del caso del Tribunal Interamericano en el ámbito nacional, que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha debido cambiar su postura reticente a la cobertura médica de los tratamientos de TRHA. Así, en un precedente de fecha 19/03/2013,⁽¹⁷⁾ en el que también una pareja heterosexual solicita cobertura médica para someterse a la fertilización *in vitro* para poder ser padres, se concede el recurso extraordinario a la sentencia que negaba tal prestación de fecha 16/10/2012, al considerar que:

“la amparista logra perfilar, prima facie, una cuestión federal que justifica la apertura de la instancia extraordinaria, atento la incidencia que ostenta para el sub lite el hecho de que con posterioridad a la sentencia de esta Corte y al momento de resolver sobre la admisibilidad del presente remedio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se haya expedido recientemente

.....

(17) CS, Santa Fe, 19/03/2013, Vega, C. G. c/ IAPOS —amparo s/ recurso de inconstitucionalidad—, N° expediente: 283 del 2011, inédito.

(Artavia Murillo, del 28/11/2012) sobre la técnica de fertilización asistida cuestionada y los derechos que se encuentran controvertidos en la causa, por lo que resulta necesario constatar si la decisión de la mayoría de esta Corte es compatible con los nuevos lineamientos y estándares internacionales y constitucionales que surgen del mencionado precedente y en qué medida puede ser trasladado al caso (...) En la causa 'Artavia Murillo' la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar (cons. 272), concluyéndose que el Estado de Costa Rica —cuya Sala Constitucional había prohibido la técnica de fertilización in vitro— había violado los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (cons. 317). Por ende, siendo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos constituye una insoslayable pauta de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos humanos y atento a que la resolución de esta Corte juzgando decisiva la ausencia de regulación específica sobre el tema para denegar los derechos invocados resultaría contraria a la inteligencia expuesta por aquel Órgano, se impone la concesión del remedio federal interpuesto”.

Como se puede observar, el resonado caso “Artavia Murillo” no sólo defiende con sólidos argumentos la regulación civil proyectada, sino que aún sin nuevo texto, ya se está aplicando para dirimir los conflictos que se suscitan por fuerza de la realidad. Tan es así que la ley de cobertura médica recientemente sancionada también alude de manera expresa tanto a gametos como a embriones (art. 4), por lo cual la propia legislación nacional, y bien actual, admite la utilización de embriones en las TRHA, a los que no le otorga carácter de persona —de lo contrario debería prohibirlos para evitar la supuesta “manipulación de personas”—.

2.2.3. La gestación por sustitución como una TRHA especial

Ésta es una de las incorporaciones que propone el Anteproyecto que más críticas ha generado, a tal punto que es muy posible que sea quitada del texto que definitivamente resulte sancionado. ¿Cuál ha sido la razón de

ser de esta decisión activa que asume el Proyecto? Nuevamente, aquí cabe apelar al principio de realidad.

Prohibir, silenciar o regular. Éstas son las tres opciones de técnica legislativa con la que se enfrentaban los redactores del Proyecto y el equipo que trabajó esta temática. Se decidió por la última, **regular**, al entender que éste es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer gestee para otro/s. Las otras dos opciones, el silencio de la ley o la prohibición expresa, claramente, no pueden evitar que ello suceda. Y esto es lo que acontece hoy. Nos encontramos con planteos judiciales de casos de gestación realizados tanto en el país como en el extranjero, en donde todas las partes implicadas quedan en una situación de incertidumbre jurídica que la Justicia debe resolver apelando a diversos argumentos —guiados por algunos prejuicios y varios desconocimientos, centrados en el principio o eje rector en materia de infancia, como lo es el interés superior—. Esto produce un manto de incertidumbre y oscurantismo que termina por generar más conflictos y contradicciones, que se evitarían mediante una regulación precisa. Este contexto es proclive a los abusos de todos los intervinientes y, en especial, a la violación del niño que efectivamente nace de un vientre de una persona diferente a quienes tienen la voluntad de ser padres, situación que puede verse disminuida considerablemente si se cuenta con una normativa que brinde reglas claras y previsibles. ¿Qué espacio de escucha tienen hoy las mujeres que se prestan a gestar para otros? ¿En qué contextos toman la decisión de llevar adelante un embarazo? ¿Saben lo que implica gestar para otros? ¿Qué incidencia tiene en la interacción gestante-comitentes, la carencia de una regulación específica sobre el tema y la necesidad de apelar a ciertas maniobras legales y otras ilegales para que el niño, cuando nazca, pueda quedarse con quienes quieren ser padres? En la práctica, como el principio rector para la determinación de la maternidad es que la madre jurídica es aquella que da a luz, se suele incurrir en un delito —tal como la inscripción como propio de un hijo ajeno— o a otras vías legales, pero bien complejas, como ha acontecido en la jurisprudencia. Nos referimos a un caso en el que una mujer es inseminada con embriones formados con material genético de un matrimonio. La mujer da a luz y la maternidad queda determinada con la gestante. Ni bien le dan el alta, ella le entrega el niño al matrimonio, ya que no sólo no quiere saber nada con ese niño sino que, además, no la une a él ningún lazo genético. Al tiempo, la mujer

del matrimonio inicia una acción tendiente a impugnar la maternidad de quien dio a luz, solicitándose que se haga un estudio de ADN para mostrar que el niño no tiene ningún vínculo genético con la gestante sino con ella y su marido. Además, alega que, desde que nació, el niño vive con ellos y que su interés reside en que siga siendo criado por el matrimonio con quien lo unen lazos genéticos, afectivos. Señala, asimismo, que ella y su marido son quienes tuvieron la “voluntad procreacional”. ¿Qué decidir? Si bien la Justicia aún no se ha expedido sobre el fondo, lo cierto que el niño hace ya casi tres años que sigue viviendo y reafirmando su identidad con el matrimonio que siempre ha exteriorizado su voluntad de ser padres y que a la vez, ha aportado su material genético. Es decir, confluyen en ellos la identidad estática como dinámica.

La regulación que se proyecta reconoce la complejidad que esta técnica encierra, por ello es el único supuesto de TRHA que exige, en forma previa, una autorización judicial que la convalide. O sea, que ningún médico puede proceder a llevar adelante esta práctica sin una decisión judicial que lo autorice tras haber evaluado varias cuestiones de manera previa. Será el juez, junto al equipo interdisciplinario, el que deberá apreciar si se cumplen determinados requisitos que aseguren los derechos de todos los involucrados —incluso, y primordialmente, del niño que vaya a nacer—. La mujer gestante tendrá que prestarse a exámenes médicos y psicológicos que reflejen su capacidad psíquica y física para enfrentar este procedimiento; tendrá que haber tenido al menos un hijo propio para poder saber los riesgos e implicancias a los que se enfrentará en un embarazo y posterior parto; no podrá aportar sus óvulos evitando de este modo los arrepentimientos; no recibirá una retribución por esta gestación —lo que no impide que se le reconozcan los gastos razonables que un embarazo implica (gastos médicos, de traslado)—; y, lo más importante —y acá está el verdadero control para impedir abusos de mujeres en estado de vulnerabilidad— no podrá gestar para otros más de dos veces. Por parte de los comitentes, al menos uno de ellos debe aportar su material genético; ambos deben prestar el consentimiento previo, informado y libre —el que, debidamente homologado por el juez, será la causa fuente que determine que ellos son los padres de ese niño—.

El Proyecto, si de algo no peca, es de ser hipócrita o negar la realidad. El gestar para otro sucede acá y en el exterior. ¿Qué hacer? El Proyecto se

anima, entonces, a proponer un modo de regular un conflicto que, no se duda, encierra un alto grado de complejidad y sensibilidad. Claramente, hubiera sido más sencillo no decir nada al respecto, pero el Proyecto asume el desafío de ensayar una respuesta legal posible y, junto a ello, enfrentar el debate que ello genera.

2.2.4. El derecho a la información de los niños nacidos con material de un tercero

Otra de las acaloradas críticas que ha recibido el Proyecto, y que merece ser destacada y aclarada, es la referida al derecho de identidad de los niños nacidos de la llamada “filiación heteróloga” (con material genético de un tercero).

El Proyecto receta 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 el art. 564 proyectado diferencia dos facetas del derecho en análisis: 1) información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y 2) información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante). ¿Qué permite el Proyecto? Acceder a ambos tipos de información: a uno de ellos de manera amplia o irrestricta; y al otro, con ciertas limitaciones o consideraciones.

Veamos: la información no identificatoria se puede solicitar en todo tiempo directamente al centro de salud. En cambio, cuando se trata de identificar al donante, se debe solicitar por petición fundada a un juez, ya que aquí se deben dar ciertos fundamentos que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general mayor: que haya donaciones y así, nazcan niños por TRHA con material de un tercero y, por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres.

Además, el Proyecto dispone de manera expresa la obligación de incorporar al legajo de inscripción del nacimiento de estos niños que éstos han nacido por TRHA con gametos de un donante; consecuentemente, esta información siempre estará resguardada y disponible.

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.

Siguiendo con las críticas de tinte “convencional-constitucional”, Famá sostiene que la exposición intermedia “no supera el test de proporcionalidad si se observan dos cuestiones”.⁽¹⁸⁾ 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 presupone, sin contar con información cuanti o cualitativa al respecto, que los donantes igualmente se sentirían “libres” de donar si una norma expresa adoptara el sistema de no anonimato —es decir, motivaría que toda persona nacida de TRHA con material de un tercero se incline por la donación—. 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. 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.⁽¹⁹⁾

(18) 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-AbeledoPerrot, Bs. As., 2012, pp. 358/359.

(19) 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”.

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 se agravaría si la donación no fuera anónima o, al menos, sufriera ciertas restricciones. Éste es, justamente, uno de los argumentos por los cuales el Proyecto recepta una postura intermedia. Se trata de una 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 la orientación sexual—, debería ser muy tenida en cuenta para evaluar de manera integral el mencionado principio de proporcionalidad.

No se duda sobre el loable efecto que podrían tener ciertas medidas educativas como las que propone Famá, pero ello es una construcción a largo plazo. Ninguna legislación que hoy adopta un régimen amplio o de no anonimato ha nacido de ese modo; vino 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; es 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 es aquélla 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 de 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⁽²⁰⁾ 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, un 65 % de las personas responden a favor de donar los embriones,⁽²¹⁾ 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

(20) JADUR, SILVIA; DUHALDE, CONSTANZA y WAINSTEIN, VIVIANA, “Embriones y su destino”, en *Diario Página 12*, 13/06/2013 [en línea], <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 *Revista de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva*, vol. 25, N° 1.

(21) “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)”.

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 mucho más compleja para afirmar, de manera general y en abstracto, que con medidas educativas todos estos miedos y resistencias entendibles por parte de quienes transitan por una situación dolorosa como la infertilidad donarían los embriones sobrantes.

2.3 | Las uniones convivenciales

Las uniones convivenciales —aquellas parejas que no prestan su consentimiento expreso y libre ante el registro civil para formalizar el vínculo, pero están también signadas por el afecto y el proyecto de vida en común— no sólo son una realidad cada vez más frecuente en nuestro país (el censo del 2010 indica que, del total de parejas, el 38% son uniones convivenciales, contra el 25% del censo del 2001),⁽²²⁾ sino que, en el régimen jurídico actual, además generan ciertos derechos y deberes como ser: el derecho a pensión, a continuar la locación urbana, a tomar medidas en los casos de violencia familiar, por citar algunos; amén de la cantidad de precedentes jurisprudenciales tendientes a extenderle a estas uniones otros derechos que sí se le reconocen al matrimonio (adoptar de manera conjunta,⁽²³⁾ la protección de la vivienda al menos cuando hay hijos,⁽²⁴⁾ etc). Este complejo contexto permite aseverar

(22) Información disponible en http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalspais.asp

(23) Ver, entre otros, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/03/2012, "N., M. D. y otra s/adopción plena", en *LLBA* 2012, (junio), p. 534 y ss.; Tribunal Colegiado del Fuero de Familia N° 2 de La Plata, 13/04/2010, "G., C. B.", *AbeledoPerrot* online N°: 70062562; Juzgado de Familia de Esquel, 01/02/2010, "G., P. A. y otro", *AbeledoPerrot* online, N°: 70058468; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 15/11/2006, "O., A. y otro", en *LLLitoral* 2007 (febrero), p. 103 y ss.

(24) Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 25/07/2005, "R., P. A. c. S. de G., M. D. y su acumulado", en *LL* online AR/JUR/1897/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 31/05/2006, "V. S. S. c. A. N. del V. ", *LL* online AR/

que el legislador reconoce este tipo de uniones familiares.⁽²⁵⁾ El interrogante que el Proyecto actualiza es si esta regulación precaria, dispersa y discrecional cuando son los jueces los que deben decidir, es beneficiosa o no para los destinatarios de las leyes.

Cabe recordar que la ley debe ser una herramienta que, sobre la base del principio de solidaridad, respete la autonomía y, al mismo tiempo, proteja a los más vulnerables para acercarse, de este modo, a lograr una igualdad real. En la práctica, fácil se advierte que después de la ruptura de una unión convivencial, uno de los integrantes queda en estado de total desprotección, ante grandes y persistentes silencios legislativos en varias áreas del derecho. En este panorama, algunos jueces se inclinan por extender ciertos derechos del matrimonio a esta otra figura familiar otorgando soluciones coyunturales, aún sin texto legal expreso. En cambio, otros sostienen que no pueden avanzar sin ley. ¿Qué sucede entonces en el plano fáctico-jurídico? Según qué magistrado intervenga y qué mirada tenga —a favor o en contra— de las parejas que no se casan, ellas tendrán o no determinados derechos. Fácil se puede concluir que ningún régimen jurídico de este tenor puede ser defendido ni debería ser mantenido.

JUR/2048/2006; Juzgado Civil y Comercial Nro. 2 de Zárate-Campana, 30/12/1998, "Guzmán, Luis R. v. Rodríguez, Raquel G. s/división de condominio", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 1999, N° 15, p. 235 y ss.

(25) A esta altura del desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre las convivencias de pareja resulta chocante o causa rechazo afirmaciones del siguiente tenor: "La pretendida regulación que el proyecto del Código Civil confiere al concubinato, terminaría por deslegitimar la institución matrimonial vaciándola de contenido familiar, civil y moral. El dogma matrimonial del esfuerzo mancomunado que hizo a su reputación y trascendencia social sería destruido de un plumazo al insertar la autonomía como fuente negocial y libertades personales dentro del matrimonio" (MILLÁN, LILIANA LUJÁN y STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, "El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, junio, 01/06/2013, Bs. As., La Ley, p. 6). O aseveraciones como: "De todos modos, esto confirma una vez más las ventajas de que el matrimonio sea sujeto adoptante si no único, al menos prioritarios. Que sea sujeto adoptante único es la solución más conveniente, porque entonces un niño que ha sufrido el estigma del abandono de sus padres, obtiene un ámbito óptimo de crianza: la matrimonial. Recordemos que está comprobado que el matrimonio es el lugar óptimo de crianza de los niños. Brinda estabilidad y contención, más que cualquier otro tipo de unión" y en nota al pie de este párrafo se agrega: "Sobre este asunto hemos escrito en numerosas ocasiones. Además, la literatura científica es unánime en este punto, aislando (obviamente) los casos de disfuncionalidad familiar, que también hay en las relaciones extramaritales", cuya 'cientificidad' se cae por su propio peso, amén de la imposibilidad de citar 'literatura científica' 'unánime' al respecto" (conf. BASSET, ÚRSULA, "La filiación después de la muerte. Un caso de adopción", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, febrero 2013, La Ley, Bs. As., p. 41).

El Proyecto tiene, entonces, un primer objetivo: clarificar qué derechos y deberes generan las uniones convivenciales, sin ser equiparadas al matrimonio que constituye otra forma de organización familiar con sus propias reglas; existiendo, además, otras modalidades familiares para que la personas puedan elegir a cuál quieren ingresar y conociéndose de manera previa los derechos y deberes que genera cada una de ellas.

¿Cuáles son los efectos diferenciadores entre el matrimonio y las uniones convivenciales para ampliar el abanico de formas de vivir en familia que las personas pueden elegir? El primero genera una gran cantidad de consecuencias jurídicas que no se presentan en las uniones convivenciales, tales como: 1) el cónyuge es heredero legitimario, o sea, la ley obliga a que un porcentaje de la herencia se le reconozca al cónyuge supérstite; el conviviente no es heredero; la única manera de que reciba en la herencia es hacer un testamento y designarlo beneficiario; aun así, hay que respetar el derecho de los otros herederos forzosos, por ej., los hijos ; 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; 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 en la unión convivencial, ni siquiera en forma excepcional, siendo que el deber de asistencia rige sólo durante la vigencia de la unión.

Las uniones convivenciales no son causa fuente de la vocación hereditaria, no crean un determinado régimen de bienes, ni tampoco reconocen una obligación alimentaria tras la ruptura; por lo tanto, fácil se concluye que entre ambas figuras fundadas en el afecto de pareja, existen diferencias sustanciales.

¿Cómo regular las uniones convivenciales? 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.⁽²⁶⁾

(26) 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

Por otra parte, si se realiza un panorama legislativo en el derecho comparado, se podrá advertir que no hay una unidad de criterio acerca de las diferencias y similitudes con el matrimonio.⁽²⁷⁾ 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, como es el caso de la protección de la vivienda —derecho que no se puede circunscribir sólo a las parejas que hayan pasado por el registro civil, máxime en el marco de un sistema legal como el que se proyecta donde también se protege la vivienda de una persona sola, siendo el techo o el lugar donde viven las personas un bien que debe ser salvaguardado con especial énfasis—. En este contexto, la formalidad del registro civil no debe ser un elemento diferenciador para el acceso y protección del derecho humano a la vivienda. Esta protección se logra de diferentes modos: atribuyéndosele la vivienda de manera temporal al miembro de la pareja más vulnerable; solicitándose el asentimiento del conviviente no titular de un bien para que no se entere después que se produjo la venta que ya no tiene más hogar; o reconociéndosele al conviviente supérstite un 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.

Una de las críticas que se han esgrimido en contra de esta regulación gira en torno al interrogante de por qué las uniones convivenciales se refieren al lazo afectivo de pareja entre dos personas estableciendo un

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%)" (TÓFALO, ARIEL y SCARDINO, MARISA, "Las familias constituidas a partir de una unión de hecho. Un estudio sociojurídico", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 35, Bs. As., Abeledo Perrot, 2007, p. 198).

(27) Centrándonos en la regulación que observa América Latina, algunos países asimilan las uniones al matrimonio después de transcurridos una cierta cantidad de años (por ejemplo, Cuba); o reconoce derechos principalmente de carácter patrimoniales (Perú y Colombia); o si bien reconoce varios derechos similares al matrimonio mantienen algunas —pocas— diferencias (Brasil) o varias diferencias (Uruguay); y otras prácticamente, mantienen el silencio legislativo como acontece en Chile.

plazo mínimo de estabilidad (dos años), y no se extiende a otro tipo de vínculo afectivo, tal como el surgido entre dos hermanos, amigos, u otros familiares⁽²⁸⁾. El Proyecto, 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⁽²⁹⁾. Se exige un plazo de convivencia mínima de 2 años siguiéndose el lapso temporal que estipula la ley 1004 de la Ciudad de Bs. As., que regula las uniones civiles. ¿Por qué establecer un plazo? Porque, de lo contrario, se estaría obligando a judicializar cada caso para ver si el lapso de convivencia le parece lo suficientemente estable, público, notorio y permanente al magistrado que interviene, como para que éste amerite el reconocimiento de ciertos derechos. Este despliegue procedimental, que abre el juego a la discrecionalidad judicial, atenta contra el principio de “desjudicialización” que promueve —en buena hora— el Proyecto de reforma. Justamente, pautas legales claras (saber de antemano qué derechos nacen y cuáles no de las convivencias de pareja) brindarán una mayor seguridad a los destinatarios de la ley.

Las demás relaciones de afecto que no se fundan en una relación sexual (madre con su hijo, hermanos, amigos, etc.) no tienen las características señaladas (matrimonio aparente) y pueden, perfectamente, tener protec-

.....

(28) CORDOBA, MARCOS, “Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2 sobre “Proyecto de Código Civil y Comercial- I”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 357 y ss.

(29) Cabe destacar 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, AIDA; 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”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2012-II, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 304 y ss.).

ción mediante otras figuras jurídicas, pero no por esta vía. Por ejemplo, al aumentar la parte disponible, el Proyecto permite que, mediante un testamento, se deje a esa hermana una mayor cantidad de bienes; también se la podría designar beneficiaria de un fideicomiso, etc.

El Proyecto presenta una regulación equilibrada. No equipara las uniones convivenciales al matrimonio, ni tampoco reafirma el cuasi-silencio legal existente en el campo civil, que perjudica a gran cantidad de personas —por lo general, mujeres— que, tras la ruptura de la unión, ven escasos derechos reconocidos. La reforma prevé ciertos derechos expresamente estipulados a modo de “régimen primario” o un mínimo inderogable por parte de los integrantes de la pareja, por aplicación del principio de solidaridad familiar, y en defensa del derecho a la vivienda como derechos humanos. Se trata de una regulación intermedia, con reglas claras y basada en la obligada perspectiva constitucional-convencional.

2.4 | 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”. 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 “madrastas” 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.

La reforma fija 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 aún puede contribuir a la manutención alimentaria.

Así, el Proyecto sigue la misma línea de ampliación de derechos al reconocer otras formas de organización familiar, para así poder aplicar y extender el principio de solidaridad.

3 | Lo mejorado

3.1 | Matrimonio y divorcio

¿Por qué desaparecen los derechos- deberes de fidelidad y cohabitación? ¿Es cierto que se “banaliza” el matrimonio, argumento que también se sostenía al debatirse el divorcio vincular o en ocasión de extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo? Una vez más, esa compleja dupla signada por el miedo a la libertad y la hiper o sobre-valoración de la ley para cambiar relaciones sociales. ¿Acaso se es fiel porque la ley lo dice, o se lo es o no por razones más profundas que lo que ordene la ley?

El Proyecto regula sólo deberes jurídicos; es decir, aquellas obligaciones cuyo incumplimiento genera una determinada reacción por parte de la ley. En la legislación vigente, el que incumple el deber de fidelidad es pasible de ser considerado cónyuge culpable del divorcio y, por ende, se le aplican determinadas obligaciones derivadas de esta conducta “antijurídica”

o contraria a la ley; lo mismo acontece a quien incumple el deber de convivencia si la separación de hecho no se ha producido de mutuo acuerdo. La reforma, en cambio, deroga este sistema de "culpas" ya que en la práctica se han observado varias vicisitudes: 1) que salvo excepciones, no hay un solo "culpable" en el deterioro de una relación matrimonial, 2) que quien termina con el rótulo de "inocente" es el más fuerte, el que se defendió mejor o el que pudo acceder a presentar mejores pruebas, no por ser un real "inocente", 3) que "sacar los trapitos al sol" ante un tercero que no conoce a la pareja (el juez) recrudece los odios, los "pase de factura" y las heridas —que no son jurídicas, claro está—, las que tardan cada vez más en cicatrizar; y lo más importante 4) que existe un impacto altamente negativo y destructivo para los hijos y en definitiva, para todo el grupo familiar.

En este contexto, volvemos al derecho-deber de fidelidad y cohabitación. Si en el Proyecto se deroga el régimen de divorcio culpable, ¿cuál sería la sanción por el incumplimiento de tales deberes? Ninguna. Por ello, éstos quedan como derechos de carácter moral "sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19 CN).

Además, considerar al deber de cohabitación como moral permite flexibilizar aún más la ley para estar a tono con la compleja realidad social a la cual se debe enfrentar la reforma. Veamos: una pareja integrada por personas de aproximadamente 50 años, con hijos adolescentes de una pareja anterior, decide contraer matrimonio pero sin convivir, al entender que vivir todos juntos bajo el mismo techo podría ser conflictivo; por eso, cada uno vive con sus hijos en viviendas contiguas o cercanas. ¿Son un matrimonio? Sí, porque comparten un proyecto de vida en común, sólo que no viven en el mismo domicilio. Esta modalidad social se conoce como "parejas LAT" (*living aparttogether*), una elección que, por aplicación, de la autonomía de la voluntad, llevan adelante personas que afrontan segundas o terceras nupcias con cierto poder adquisitivo.

No sólo se deroga el régimen de divorcio culpable, sino el divorcio causado en general. ¿Qué significa que sea "causado"? Que hay que cumplir o exponer —sea real o ficticio—⁽³⁰⁾ alguna causa que el legislador considere

(30) ¿Acaso en la práctica no se observa una gran cantidad de parejas que dicen que están separados de hecho sin voluntad de unirse hace 3 años o más y ello no es así, para poder plantear una causal que es la más rápida y fácil en términos del procedimiento que correspondería sobre la base de esta mentira?

pertinente para habilitar el divorcio. En el régimen vigente, el divorcio objetivo o remedio, como se lo llama, es también causado. No se funda en una o varias causales culpables pero, al menos, debe transcurrir un plazo mínimo de 3 años de que los cónyuges se encuentran separados de hecho (no viven más juntos) o, si se presentan de manera conjunta en una audiencia privada con el juez deben expresarle —y convencerlo— de que “existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”.

El Proyecto vira de un régimen de divorcio causado (subjetivo y objetivo) a uno de divorcio incausado o sin expresión de causa, unilateral o bilateral. ¿Qué significa? Un matrimonio se celebra y se sostiene de a dos; por ende, si uno ya no quiere seguir en ese proyecto de vida en común, el divorcio queda habilitado para que sea peticionado por ambos o por uno solo. ¿Hay que esperar un tiempo? Ninguno. El Código Civil no puede obligar a las personas a seguir juntas por un determinado tiempo en contra de su propia voluntad “en nombre de la ley”. Ello no sólo viola el principio de libertad y autonomía, sino que podría agravar la conflictiva conyugal hasta alcanzar situaciones de violencia familiar, con la consecuente conculcación del derecho a la integridad física y psíquica.

Como se podrá observar hasta acá, y se terminará de entender al analizar el vínculo entre padres e hijos en el próximo apartado, en el Proyecto de Reforma está muy presente la necesaria —y obligada— mirada sistémica e integral de todo el ordenamiento jurídico. ¿Cómo se puede pretender alcanzar una excelente relación entre todos los miembros del grupo familiar, si el proyecto mantuviera el sistema culpable en el que se le dan “armas” a los adultos para que se destruyan en la justicia tras un largo y doloroso proceso de divorcio en el que se dirimen reproches y odios no jurídicos?

3.2 | De la “patria potestad” a la “responsabilidad parental”

El lenguaje no es neutro. La Reforma introduce varios cambios terminológicos que llevan consigo un viraje sustancial en el planteo jurídico que propone. Así, la noción de “patria potestad” nos remite 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 son varias pero destacamos 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, en razón de una 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—⁽³¹⁾ no se duda que se beneficia todo el grupo familiar. Los hijos, porque mantienen intacto el lazo afectivo y el vínculo cotidiano con ambos padres. Los padres, porque ambos siguen siendo responsables por igual y con la misma intensidad respecto de sus hijos, lo que evita conflictos que después se trasladan a los estrados judiciales por incumplimiento del régimen de comunicación o las mal llamadas “visitas”, en las que el padre se empieza a alejar del hijo y deja o retacea el pago de la obligación alimentaria, con “efecto dominó” que después es muy complejo de 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. La ley coloca, de este modo, su máximo esplendor en su papel pedagógico y preventivo.

4 | A modo de cierre

El tiempo es tirano, y el espacio también, por eso unas brevísimas palabras a modo de cierre.

Como lo ha expresado de manera elocuente Simón Bolívar: “Más cuesta mantener el equilibrio de la libertad que soportar el peso de la tiranía”. El Proyecto en las “Relaciones de familia” da cuenta y asume —como en ningún otro ámbito— esta tensión. Así, tuvo la valentía de enfrentar varios de los silencios legales que incomodan, tanto a los usuarios como a los operadores, con un objetivo loable: lograr una regulación respetuosa de la libertad, con responsabilidad y solidaridad.

Se trata de seguir subiendo peldaños en esta búsqueda constante por una sociedad más inclusiva y plural. Éste es el momento para hacerlo; antes, no se lo hubiera comprendido.

(31) El art. 2º 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”.

