

Ponencia 1: Aporte del Colegio Público de Abogados para la Reforma del Código Civil y Comercial Unificado

PERSONA- CONSIDERACIONES GENERALES

Dr. José W. Tobías

Dr. Alejandro Molina

Dr. Juan Navarro Floria

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Dr. Vilma Vanella

a) La trascendencia de una sustitución de códigos más que centenarios debe ser consecuencia de una labor meditada y profunda que guarde correspondencia con el modo de ser, las valoraciones y la idiosincrasia de la sociedad argentina. La alteración de instituciones jurídicas que han venido rigiendo nuestra sociedad, debe estar justificada en una real necesidad y demanda social, y no en modas, intereses particulares o imposiciones ideológicas.

b) Es necesario que el tratamiento parlamentario sea precedido de un amplio debate doctrinario y académico que permita aportar observaciones y elementos de juicio que contribuyan a mejorar el Proyecto. Los abogados, que somos quienes aplicamos a diario el Derecho, tenemos mucho que decir y debemos ser escuchados en este proceso.

c) Igualmente necesario es que la población –destinataria de la sustitución– sea amplia y adecuadamente informada de los temas principales que se aspira a reformar. Es una oportunidad inmejorable para hacer docencia jurídica.

d) En caso de ser aprobado el Proyecto, es indispensable que se prevea un plazo razonable de “vacancia de la ley” (es decir, que su entrada efectiva en vigencia ocurra al menos un año luego de la sanción), para dar el tiempo necesario de estudio a jueces, abogados y operadores jurídicos en general. Lo contrario dará lugar a mayores conflictos, dudas interpretativas e inseguridad jurídica.

e) El cambio propuesto, que implica la desaparición de institutos jurídicos hoy vigentes y la modificación profunda de otros, requiere una cuidadosa previsión del “derecho transitorio”, hoy ausente. Solamente aparece prevista la posible conversión de las separaciones personales en divorcios vinculares, pero como esa hay otras muchas situaciones que deben ser previstas. Por ejemplo, ¿cómo se registrarán en adelante las sociedades civiles, cuyo tipo desaparece de la legislación? ¿se aplicarán sin más a las superficies forestales hoy constituidas las reglas genéricas de superficie que se proponen? ¿se aplicarán las reglas de los nuevos derechos reales (parques industriales, cementerios privados, barrios cerrados, etcétera) a las realidades ya existentes? ¿qué pasará con los juicios de divorcio contradictorio en trámite?

f) Es necesaria una cuidadosa revisión de las leyes que deben ser derogadas expresamente para evitar normas duplicadas. Por ejemplo, a la luz del art.53 del proyecto (sobre derecho a la imagen) debería derogarse el art.31 de la ley 11.723. Como ese podrían encontrarse muchos otros casos. Y para evitarlo, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal efectúa las consideraciones que a continuación serán desarrolladas.

PERSONA HUMANA

Inicio de la vida (artículo 19): El proyecto incorpora un doble régimen de inicio de la personalidad según el modo de ser engendrado, excluyendo de la personalidad jurídica a los embriones humanos no implantados. Entendemos que esa redacción no se condice con las normas de jerarquía constitucional que expresamente indican a la concepción como punto de inicio de la vida de todo ser humano en todos los casos y que establecen que todo ser humano es persona. La norma proyectada resulta inconsistente con el restante ordenamiento jurídico positivo y con numerosa jurisprudencia sobre el punto, entre la que se destaca el fallo “Rabinovich” de la Sala “I” de la Cámara Nacional en lo Civil (1999).

Por lo tanto, se sugiere que el texto diga simplemente: “**ARTÍCULO 19. Persona humana.** Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción”.

PROCREACIÓN ASISTIDA

La previsión en el Proyecto de algunas consecuencias o efectos de la procreación asistida, sin una ley que la reglamente o limite y no existiendo ningún organismo de control o aplicación, plantea muchas dificultades. Sintéticamente algunas de ellas son las siguientes:

Embriones no implantados sobrantes: El Proyecto no limita la producción de embriones “supernumerarios” o sobrantes, y tampoco prevé nada respecto de su destino (sea los ya existentes, sea los que se produzcan en el futuro). Se estima conveniente al menos agregar una norma que señale que en caso de quedar embriones "sobrantes" sea por el abandono de quienes los encargaron, sea por muerte de los comitentes o por decisión de no implantárselos, se facilitará su adopción por quienes se hubieren anotado en el registro que se creará a ese efecto en cada jurisdicción. Así las cosas, el proyecto **se aparta de las conclusiones de las modernas ciencias biológicas en el sentido de que el embrión concebido en probeta es una persona humana en formación**, y establece en el art. 19 que la existencia de la misma comienza recién con la concepción en el seno materno, y que en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida se inicia con la implantación del embrión en la mujer, con lo cual desconoce la condición humana del embrión concebido en probeta.

Se aparta además de lo regulado en los Tratados internacionales, con lo que aparece una manifiesta contradicción entre la directriz de constitucionalización del derecho privado. Si en los Tratados internacionales se establece que todo ser humano tiene derecho a que en todas partes se le reconozca su personalidad jurídica, se crearía de este modo una categoría de ser humanos a los que el Estado les negaría el reconocimiento de la personalidad jurídica. Por otra parte, para la Argentina

hoy, los embriones no implantados tienen personalidad jurídica y son niños según la Convención sobre los Derechos del Niño, con lo cual el derecho privado restringiría los derechos en lugar de ampliarlos y se arrogaría la facultad de prohibida de decidir quién es persona y quién no, lo que no es compatible con la defensa de los derechos humanos de todos y de todas.

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

Ello presenta otra dificultad para el caso de la sucesión ya que pueden suceder al causante las personas “c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 563”. Este artículo prevé la Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. “En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. Aspecto que **controvierte la evolución positiva del Derecho de Familia argentino que en el año 1985 mediante el comienzo de la vigencia de la ley 23264 eliminó el trato discriminatorio de hijos y otros miembros de la familia que se basaban en circunstancias no dependientes de ellos**, tal el caso de las desigualdades entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

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

Gestación por sustitución (artículo 562): La gestación por sustitución somete a la prestadora de su útero a la condición de mero vehículo, que nada puede hacer respecto del ser que lleva en su seno, privándosela de su legítimo derecho a hacerse cargo del niño que nace si al cabo de los nueve meses de

gestación hubiere establecido un vínculo con el nasciturus que le impida darlo a quien le encargó que lo portara. Ontológicamente tiene mayor valor la asunción de la maternidad del niño que lleva en su seno, que la voluntad procreativa de quienes se lo entregaran para su gestación. El pacto de maternidad subrogada debe ser considerado un pacto de objeto ilícito, porque causa daño en el niño que nace, que debe sufrir “necesariamente” la fractura del vínculo que ha logrado forjar con su progenitora al cabo de nueve meses de gestación. No respeta los derechos del niño ni la dignidad de la mujer, por lo que se sugiere no habilitar esta posibilidad.

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

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

Casi no hay autor de la doctrina nacional que acompañe la regulación de esta institución, ya **que viola el derecho internacional de los tratados, especialmente la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, ya que permite alquilar partes de su cuerpo como si se trataran de cosas (en contradicción con el Art. 17 del proyecto que lo prohíbe),** ya por intermediarios, ya directamente una vez que el Juez haya homologado el proceso. El vientre de las mujeres tendrá un precio, lo cuál es abyecto y degradante.

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

1. **Filiación post-mortem (artículo 563):** La fecundación con gametos de personas fallecidas, aunque sea dentro del plazo acotado de un año, supone la creación de niños que se sabe serán huérfanos de padre, además de introducir un factor de perturbación en las relaciones familiares y en el régimen hereditario. Se propone prohibir esta posibilidad, eliminando también el artículo 2279 inciso c).
2. **Fecundación heteróloga y derecho a la identidad** en las técnicas de reproducción humana asistida (TRA): la incorporación de la llamada "voluntad procreacional" como fuente de filiación a través de las TRA, con una mínima referencia a la posibilidad de conocer los orígenes en casos fundados y sin obligación de dar a conocer el origen de la fecundación, violenta el derecho a la identidad de los niños reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y resulta inconsistente con el destacado lugar que este derecho tiene en las restantes normas de filiación y particularmente de filiación por adopción.
3. **Revocación del consentimiento para técnicas de fecundación artificial (artículo 560):** La revocabilidad del consentimiento prevista para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, deja en un ámbito de gran inseguridad al niño por nacer puesto que no define qué sucede con los embriones luego de la revocación. Estas normas no se ajustan a las tradiciones familiares de nuestro país y sobre todo suponen

una transformación de los vínculos filiatorios en materia jurídica disponible, con graves proyecciones para otros ámbitos, ya que podría pretenderse su extensión a la filiación biológica. Por lo tanto, el consentimiento informado libremente prestado debería ser irrevocable y dar lugar a la pertinente responsabilidad de quien lo prestó. En caso de admitirse la revocación, debe preverse que la revocación de uno de los que han acordado recurrir a la fertilización artificial, no impide que la mujer dadora de sus óvulos transfiera los embriones a su seno.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

4. **Derecho a la intimidad (artículos 52 y 1770):** El artículo 1770, que reproduce casi a la letra el vigente artículo 1071 bis, debería ser armonizado en su redacción y terminología con la de los artículos 52 y 53. Así, en lugar de referir al “retrato” debería referir a la imagen o la voz; debería mencionar la “intimidad personal o familiar”, y reemplazarse “diario o periódico” por “medio de comunicación” (o directamente suprimirse el último párrafo, por estar repetido en el artículo 1740).
5. **Derecho de Rectificación o respuesta:** se ha omitido su incorporación (exigida por el Pacto de San José de Costa Rica), con todos los alcances que hoy tiene en la jurisprudencia y la doctrina. Recomendaron la inclusión de manera expresa del Derecho de rectificación o respuesta las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes 1983; las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín 1886; lo preveía el Anteproyecto de Régimen Integral de Tutela de los Derechos Personalísimos elaborado por los Dres. S. Cifuentes y J. Rivera en 1985, y lo hicieron los arts. 117 y 118 del Proyecto de Código elaborado por la Comisión Decreto 468/92 del PEN.
6. **Eugenesia (artículo 57):** La norma no expresa con el énfasis apropiado el rechazo a las prácticas eugenésicas y no contempla las problemáticas hoy existentes en el mundo en esta materia. Sugerimos mantener el texto del Proyecto de 1998.
7. **Exequias (artículo 61):** Se trata de una norma oportuna y loable, pero encontramos preferible la redacción que tenía la norma equivalente del

Proyecto de 1998, que contenía una referencia explícita a las convicciones religiosas del difunto como pauta orientadora para la decisión, a falta de decisión expresa de éste.

PERSONA POR NACER

El **artículo 21** –en lo que acá interesa- establece que si la persona por nacer “*no nace con vida, se considera que ... nunca existió*”. Reitera las poco afortunadas expresiones del actual artículo 74, cuando en las interpretaciones más recientes (Por ejemplo, XIXª Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y doctrina del fallo CSJN “*Sánchez, Berta*”) se entiende que los que extinguen retroactivamente son los derechos patrimoniales, pero no la personalidad en cuanto tal, subsistiendo los derechos personalísimos (vida, salud) que sólo se extinguen con el fin de la existencia de la persona.

NOMBRE

1. **Prenombre (artículo 63):** El principio de libertad de elección es correcto, pero la extensión que se le ha dado es demasiado amplia, abandonando algunos límites razonables que existen en la vigente ley 18.248. Debe mantenerse la exigencia de no equivocidad del nombre respecto del sexo del niño.
2. **Apellido (artículo 64):** La regla en materia de apellido de hijos matrimoniales, extensiva a los extramatrimoniales con doble reconocimiento, según la cual el apellido es el del padre o el de la madre (definido por sorteo a falta de acuerdo) rompe innecesariamente con una tradición arraigada en nuestra sociedad. Se propone mantener la regla básica de que los hijos llevan en primer término el apellido del padre, pudiendo agregar el de la madre.

CAPACIDAD

1. **Personas menores de edad (artículo 26):** Parece excesiva la atribución de competencia dada a los menores a partir de los 13 años para decidir por sí

actos de disposición en materia de derechos personalísimos (en principio referida a tratamientos médicos, pero lógicamente aplicable por analogía a otros derechos personalísimos). Sin perjuicio de su derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, debería mantenerse como regla el poder de decisión de los padres, al menos hasta los 16 años.

2. **Declaración de capacidad restringida (artículo 32):** La expresión empleada, “adicción”, reemplazaría a la “ebriedad habitual” y el “uso de estupefacientes” del actual inc. 1º del art. 152 *bis*. Impresiona como excesivamente genérica: en el lenguaje de nuestro pueblo se puede ser adicto al trabajo, al tabaco, etc.
3. **Inhabilitación por prodigalidad (artículo 48):** Es inexacto hablar de “pérdida del patrimonio”, pues uno de los caracteres del patrimonio es el de ser "necesario" y por tanto no puede extinguirse en cuanto tal. Es más estricto aludir a los actos que exponen a la pérdida de una parte importante de los bienes que conforman el patrimonio.
4. **Inhabilitación por prodigalidad (artículo 49):** La facultad otorgada al juez para limitar al pródigo en otros actos fuera de los de disposición entre vivos se estima excesiva. Por su generalidad abarcaría actos de naturaleza extrapatrimonial, o patrimoniales de conservación y administración (cuando son los de disposición los que típicamente ponen en riesgo la integridad patrimonial). En un tema en que está en juego la capacidad de las personas - y por ende en cierta manera su libertad- el criterio en materia de restricciones debe ser restrictivo (como lo impone el art. 31 del Proyecto) y no existe justificativo para limitar la idoneidad para celebrar actos extrapatrimoniales o de conservación y administración a quien ha sido declarado pródigo.
5. **Las causas de la declaración de incapacidad y restricción a la capacidad (artículo 32):** Las causas de incapacidad o restricción a la capacidad se circunscriben a la enfermedad mental y a la adicción (y la inhabilitación sólo a la prodigalidad). No se contempla la declaración de incapacidad en el supuesto de quien por deficiencias corporales o físicas se ve impedido o dificultado gravemente de expresar su voluntad o conducirse en la vida de relación. Se trata de un supuesto previsto como causal de limitación a la capacidad en códigos de países muy ligados a la tradición

jurídica argentina (Código español con la Reforma de 1983; Código francés, art. 490; Código Suizo, art. 392; Código de Quebec, arts. 285 y 281) y que reflejan un actual vacío legal que debería ser llenado (ver por ejemplo el supuesto fáctico del fallo registrado en ED 81-387).

6. **Impugnabilidad de actos de incapaz declarado (artículo 46).** El artículo reemplazaría al vigente art. 474, que regula el régimen de impugnabilidad fundado en la falta de discernimiento de los actos celebrados en vida por una persona fallecida. Para evitar acciones de invalidez de los herederos sustentadas en pruebas equivocadas o inseguras cuando ya no es posible investigar el estado mental del fallecido mediante la prueba pericial, el texto requiere, además de la prueba de la falta de discernimiento, que el estado mental resulte del acto mismo o que se haya promovido en vida la denuncia de incapacidad o la prueba de la mala fe del cocontratante. El texto que se considera, sin embargo, parte de la consideración axiomática que se ha dictado una sentencia en vida. Pero si esto es así: a) Si el acto que se ataca es posterior a la inscripción de la sentencia, es indudable la procedencia de la acción con la sola prueba de la falta de capacidad, sin ninguno de los agregados que se proponen. b) Si el acto cuestionado se ha celebrado con anterioridad a la sentencia, es manifiesto que ella es elemento suficientemente indicativo de la factibilidad de la acción (mucho más que la sola promoción del proceso, que es uno de los supuestos que prevé el artículo), rigiéndose la situación, por otra parte, por el artículo anterior. El corolario de todo ello, sería que quedaría sin regular la situación prevista por el actual 474 y que el texto propuesto- seguramente producto de un error- es innecesario.
7. **“Revisión de la sentencia” que declara la incapacidad o capacidad restringida (artículo 40):** El segundo párrafo del artículo 40 prevé que la sentencia debe ser revisada “*en un plazo no superior a tres años*” dando la impresión de que los efectos de la sentencia cesan *ipso iure* (caducidad), o bien que el juez puede rehabilitar a la persona en el mismo proceso. La primera posibilidad genera notorios inconvenientes (nuevo proceso y nuevos costos en ocasiones innecesarios; recuperación automática de la capacidad con los consiguientes riesgos para la persona) y la segunda afectaría el derecho al debido proceso. Lo razonable es el deber del juez de

revisar periódicamente el estado mental del limitado de su capacidad en el mismo proceso, para que (dependiendo de los resultados del examen), los legitimados promuevan el pedido de rehabilitación.

AUSENCIA

Simple ausencia (artículo 83): Aludiendo a las facultades del curador, el artículo 83 se refiere a los “*actos de administración ordinaria*” y que “*exceden la administración ordinaria*” en vez de a los “*actos de administración*” y “*actos de disposición*” que es la clasificación adoptada por numerosos otros artículos (29, 30, 49, 2315, 2325). Es necesario uniformar la terminología para evitar incertidumbre acerca de si se trata de términos sinónimos (actos que exceden la administración ordinaria igual actos de disposición, actos de administración igual actos de administración ordinaria) o si por el contrario son de categorías distintas.

Es una panorama general a una situación que traerá aparejados numerosos inconvenientes de implementación y por tanto consideramos que deben ser consensuados con todos los actores de la sociedad cuya intervención sea necesaria.

CERTIFICO: En mi carácter de Secretario General del COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL que el presente es copia fiel de las conclusiones a las que arribaron los expertos que se individualizan en el proemio. Buenos Aires, 22 de agosto de 2012.- - - - -