

Ponencia 2: DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

Prof. Dr. Marcos Córdoba

Dra. Vilma Vanella.

En materia de Derecho de Familia el Proyecto exhibe pretensiones de reforma que alcanzan aspectos que en algunos regímenes jurídicos del derecho comparado hasta podrían constituir delito, en tanto que otros pretenden consagrar lo que la tradición jurídica nacional ha visto siempre con disfavor. Unos terceros son acontecimientos que ocurren pero aun no se sabe cuáles serán las consecuencias que se seguirán de ellos dentro de un tiempo.

Si bien las estructuras familiares están en pleno cambio no parece conveniente que los procesos de raíz fundamentalmente tecnológica deban ser aceptados sin más o quizás legalmente acelerados, sin un claro destino para el bien de las personas. Cabe recordar que en materia científica no todo lo racionalmente posible para el hombre es razonable para la mejora de su vida en sociedad.

Tampoco la mera comprobación sociológica de acontecimientos que muestran cambios sociales implica la aceptación de las nuevas situaciones como las más adecuadas para la vida en sociedad en nuestro país.

Recordemos que la función legislativa no es semejante a la de un fotógrafo que va reflejando la realidad que lo circunda, para cristalizarla en su foto y dar por concluido su cometido, sino mas bien la de un realizador de cine que orienta su acción tratando de reflejar un continuo que se proyecta hacia un final que conoce en forma acabada y al que se propone arribar.

Con estas ideas a modo de introducción se analizan los que se consideran aspectos fundamentales que introduce el Proyecto como susceptibles de críticas para alentar a su reformulación.

I.- MATRIMONIO y DIVORCIO - UNIONES CONVIVENCIALES

La concepción del matrimonio, que desde el punto de vista jurídico el Proyecto lo reduce solamente a la prestación económica de alimentos, no guarda coherencia con la regulación que el proyecto presenta en relación a las exigencias de las denominadas "uniones convivenciales". Para estas últimas de alguna manera se exige fidelidad, perdurabilidad y cohabitación ("convivencia" durante al menos dos años y "exclusividad"), como resulta de los arts. 509 y 510, en tanto que para el matrimonio los esposos podrían no convivir y divorciarse algunos días después de haber contraído matrimonio.

Este matrimonio del Proyecto, que tan sólo genera deber de asistencia recíproca (art. 431) sin exigencia de convivencia, ni exclusividad, de los cónyuges, no parece responder al sentir de la mayoría de los argentinos, que por matrimonio entienden una institución que expresa el compromiso de los cónyuges en una institución valiosa para la sociedad. Las formas heterodoxas de convivencia que plantean algunos sectores minoritarios no parece que constituyan fuente suficiente para generar la modificación que se pretende.

También merece alguna consideración la forma de disolución del matrimonio cuando lo es por divorcio. En efecto, se ha dejado de lado toda posibilidad de análisis de las causas que llevan al mismo, pues se decreta con la sola petición de uno o de ambos cónyuges y si se acompañara una propuesta reguladora de los efectos derivados de ese divorcio que generara desacuerdo de los cónyuges, ello no suspende el dictado de la sentencia de divorcio (arts. 435 y 438).

Un matrimonio devaluado con un divorcio facilitado por demás, lleva inexorablemente a la desaparición de la institución matrimonial.

Desde el art. 509 al 528 el Proyecto trata de las "uniones convivenciales", que las caracteriza como aquellas apoyadas en relaciones afectivas de carácter

singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Esta regulación niega el ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad. Se obliga a los convivientes a deberes y restricciones que no han previsto y aún contra su voluntad.

No se encuentra razón fundada en la evolución jurídica de nuestro país para que en las convivencias se prevean derechos sólo para aquellas de aparente matrimonio, dejando de lado las muchas existentes en el país que se producen entre hermanos, amigos o convivientes que sólo lo hacen por necesidad de asistencia recíproca. No existe argumento en la estructura jurídica que habilite esa discriminación basada en la motivación de la convivencia que es un aspecto reservado a la consciencia de las personas por imperio constitucional. Por qué proteger sólo a quienes invoquen un interés sexual desatendiendo a quienes lo hagan por necesidad de asistencia o por cualquier otra causa que sea lícita y conveniente para la sociedad. Parece necesario considerar estas situaciones si se considera oportuno legislar sobre "uniones convivenciales". Se propone reemplazar el contenido normativo del Título III- Uniones Convivenciales, establecido en los artículos 509 al 528, por las normas que seguidamente se exponen, ello por cuanto:

I.- No se respeta la autonomía de la voluntad de los convivientes, no obstante el subtítulo del art. 513, toda vez que impone que el pacto de convivencia no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519 (Asistencia); 520 (Contribución a los gastos del hogar); 521 (Responsabilidad por las deudas frente a terceros) y 522 (Protección de la vivienda familiar).

II.- Incurre en contradicciones, atento a que establece en el art. 511 que la registración de la existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, es sólo a los fines probatorios.

Sin embargo, en el art. 512 expresa que la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba y que la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

A su vez, el art. 517 indica que los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el art. 511.

III.- Las normas propuestas para las uniones convivenciales no aportan solución a innumerables situaciones que se presentan en nuestra sociedad y que no son contempladas en el articulado que, al respecto, se proyecta.

Ello por cuanto en la actualidad, en la República Argentina, existe una enorme cantidad de personas que eligen convivir, o necesitan hacerlo para poder asistirse económica y espiritualmente sin que exista entre ellos atracción sexual. Las convivencias responden a motivaciones que, por resultar privativas de la intimidad de las personas, no es lícito indagar en un Estado de derecho. Ello en virtud de lo establecido en el Art. 19 de nuestra C. N. que deja reservadas dichas motivaciones a la conciencia de las personas y que éstas tienen derecho a asociarse con fines lícitos (Art. 14 C. N.). No interesa al derecho si los convivientes se encuentran unidos por atracción sexual, interés meramente asistencial u otros lícitos. Así, en la normativa que rige el matrimonio no establece como requisito constitutivo de tal unión ni la atracción sexual ni el amor romántico. Ese mismo respeto que guardó el legislador argentino, corresponde que sea expresado en las normas aquí propuestas.

“Art. ... : Convivencias asistenciales. Los convivientes podrán celebrar un pacto de “convivencia asistencial”.

Inc. 1. Capacidad. Para pactar una convivencia asistencial, los convivientes deberán tener 18 años cumplidos.

- a. Los incapaces o inhabilitados podrán celebrar pacto con asistencia de un curador designado judicialmente. En todos los casos en que un incapaz celebre una convivencia asistencial, se requerirá una resolución judicial que

autorice el texto mediante el cual se instrumenta el pacto. Dicha resolución deberá ser debidamente fundada respecto de la conveniencia concreta del mismo para el incapaz.

- b. En el caso de que un curador pretenda celebrar un pacto de convivencia asistencial con su pupilo, se requerirá además la designación de un curador especial a tal efecto. Dicho curador especial actuará:
 - i. En el pedido de autorización judicial
 - ii. En la celebración de la convivencia asistencial
 - iii. En el control permanente del cumplimiento de pacto –informando en el expediente con la periodicidad que la resolución judicial establezca-.

Inc. 2. Forma. Los pactos de convivencia asistencial se constituirán por instrumento público o privado.

- a. Si se celebra por instrumento privado, será necesaria la certificación de las firmas de los convivientes.
- b. En el caso de que se pactaran cláusulas de índole testamentaria, será admitida como forma extraordinaria de testar la que resulte del instrumento del pacto cuando cumpla además, los siguientes requisitos:
 - i. De celebrarse por instrumento público, requerirá la presencia de cuatro testigos.
 - ii. De celebrarse por instrumento privado, requerirá la presencia de cuatro testigos en orden a la certificación de la firma.
 - iii. No resultan exigibles otros requisitos que hayan sido previstos para las formas ordinarias de testar.

Inc. 3. Registración. La registración es constitutiva de los derechos que surjan del pacto. La registración de las convivencias asistenciales procederá de la siguiente forma:

- a. El Registro Nacional de las Personas, a través de sus delegaciones, tendrá a su cargo el registro de las convivencias asistenciales. El Registro Nacional de las Personas creará a tal efecto, un libro nacional de convivencias asistenciales.
- b. La convivencia asistencial que contenga cláusulas relativas al sistema de seguridad social, deberá ser registrada, además, en los organismos correspondientes.

- c. Si se incluyeran cláusulas relativas a los derechos sucesorios de los convivientes, éstas deberán ser registradas, además, en el libro nacional de testamentos y juicios sucesorios, que a tal efecto creará el Registro Nacional de las Personas.

Inc. 4. Contenidos obligatorios del pacto de convivencia asistencial: El pacto de convivencia asistencial deberá contar como mínimo, con la siguiente información:

- a. Fecha en que el acto tiene lugar;
- b. Nombre y apellido; edad; número de documento de identidad -si lo tuvieren-; nacionalidad; profesión; estado de familia; domicilio o residencia y lugar de nacimiento de los comparecientes
- c. Nombre y apellido del cónyuge o ex cónyuge, cuando alguno de los convivientes esté o haya estado casado.
- d. Declaración de convivencia.
- e. Si uno de los convivientes fuese casado, deberá constar, además, el consentimiento de su cónyuge.
- f. Si alguno de los convivientes tuviese hijos menores con los que él a su vez conviva, será necesaria la promoción de un incidente judicial de autorización para que el o los padres ingresen en la convivencia asistencial. En la incidencia será obligatoria bajo pena de nulidad, la intervención del Ministerio Público de Menores, del Fiscal y la designación de un Tutor ad litem o abogado del niño que represente o asista al menor de edad –según lo previsto en la legislación adjetiva de las provincias-. Este trámite deberá ser expedito.
- g. Si la convivencia asistencial incluyera cláusulas testamentarias, deberán observarse los contenidos establecidos en el Libro Quinto, Título XI.
 - i. Los convivientes podrán pactar derechos sucesorios, constitutivos de legados.
 - ii. Dichos legados podrán abarcar un medio de la herencia en el caso de que el conviviente causante de la sucesión tenga cónyuge que no se encuentre comprendido en los supuestos previstos por el art. 2437 Cód. Civil. Si el cónyuge se encuentra comprendido en el artículo mencionado, la disposición de la herencia no se encontrará afectada por dicho límite. En el caso de que tuviese ascendientes, podrán

abarcar un medio. En el caso de que tuviese descendientes, podrán abarcar un tercio de la herencia.

iii. El pacto que los exceda, quedará reducido a tales límites.

Inc. 5. Contenidos voluntarios del pacto de convivencia asistencial: El pacto de convivencia asistencial podrá integrarse con los siguientes rubros:

- a. **Derecho real de habitación de los convivientes supérstites**, en los términos del Art. ... del Cód. Civil.
- b. **Derecho de continuación la locación**, en los términos del Art. ...del Cód. Civil y el Art. 18 de la ley de Locaciones Urbanas N°23.091.
- c. **Derecho previsional** en los términos del Art. 53 de la ley 24.241, inc. c y d. En caso de concurrir más de un conviviente, el beneficio se distribuirá en tantas partes como convivientes supérstites haya.
- d. **Incorporación en las obras sociales o sistemas de medicina prepaga.** Las obras sociales y sistemas de medicina prepaga, deberán prever planes en los cuales puedan incorporarse los convivientes como beneficiarios no titulares, previa acreditación del pacto de convivencia que incluya este rubro; de conformidad con el Art. 3° de la ley 23.660.
- e. **Asistencia alimentaria.** Los convivientes podrán convenir la asistencia alimentaria. En caso de que el pacto contenga una recíproca prestación asistencial, las partes deberán nominar los rubros que la compongan. En caso en que la prestación se pacte en una suma de dinero, deberán establecer el modo de mantener inalterable la equivalencia de la prestación alimentaria.
- f. **Participación en adquisiciones a título de ganancia.** Si los convivientes no tuviesen limitada la autonomía por regímenes imperativos derivados de los Arts. ... y ss., podrán pactar un régimen de bienes respecto de las adquisiciones efectuadas durante la vigencia del convenio, dejando a salvo los derechos emergentes de otras convivencias asistenciales si las hubiere. De no establecerse cuál es la proporción en la participación recíproca, se considerará que los convivientes que les corresponden proporciones iguales a cada conviviente.
- g. **Prestación compensatoria.** Los convivientes podrán convenir prestación compensatoria para el caso de cese de la convivencia. En caso de que la

prestación compensatoria fuese pactada en forma indeterminada, quedará librada a la determinación judicial.

- h. **Cláusulas testamentarias.** Se incorpora como forma extraordinaria de testar y sólo para lo que respecta a este régimen el instrumento público o privado con firma certificada que reúna las condiciones establecidas en los incisos 2 y 4 de este artículo.

Inc. 6. Efectos. Además de lo que convengan las partes, las convivencias asistenciales provocarán los siguientes efectos:

- a. En caso de violencia doméstica entre convivientes, se aplicará análogamente lo dispuesto en las legislaciones locales de violencia familiar, en lo que los jueces estimen corresponder.
- b. Los convivientes tienen derecho al resarcimiento de todo daño del que resulten víctimas como consecuencia de la muerte o pérdidas de capacidad del o los demás convivientes.
- c. Un conviviente no responde por las obligaciones del o los otros.
- d. En caso de incumplimiento de cualquiera de las cláusulas pactadas, ello habilitará el proceso de ejecución respectivo. Será competente la jurisdicción civil del lugar de la convivencia.
- e. En caso de que una misma persona sea sujeto de más de un pacto de vigencia contemporánea que contengan estipulaciones incompatibles primará la existente en el que posea registro más antiguo sobre los posteriores.
- f. Declaración de convivencia. La acreditación por quien posea interés legítimo en la cuestión, de la falsedad de la convivencia; priva a ésta de efectos.

Inc. 7. Afectación de derechos. Los derechos y deberes que surgen de la convivencia asistencial no pueden afectar derechos derivados del estado de familia que vincule a los convivientes entre sí. Tampoco podrán afectarse los derechos de terceros en los límites del orden público.

Inc. 8. Cese de las convivencias asistenciales. Los efectos del cese de la convivencia se producen con la registración a solicitud de cualquiera de las partes. La registración del cese tendrá efectos constitutivos a partir del momento que se produzca.

Art. 2. : “Créase el Registro Nacional de Convivencias Asistenciales bajo la égida del Registro Nacional de las Personas. Los datos a comunicar serán establecidos por la reglamentación de la presente. Podrá ser requerida la información de los libros respectivos por todo aquel que acredite interés legítimo en obtenerla.”

Art. 3: “Créase el Registro Nacional de Juicios Sucesorios y Testamentos. Los jueces de las distintas jurisdicciones de la República cursarán dentro de las 24 horas de iniciado un proceso sucesorio, notificación fehaciente al registro que por la presente se crea, para constancia en el mismo. Los datos a comunicar serán establecidos por la reglamentación de la presente. El Registro Nacional de Juicios Sucesorios y Testamentos no podrá inscribir la apertura del juicio sucesorio de un causante sobre el que anteriormente se haya registrado un similar inicio, debiendo comunicar al magistrado oficiante el antecedente en su poder. Tomará nota de todos los Testamentos y Cláusulas testamentarias de las Convivencias Asistenciales que se inscriban en todo el territorio de la República Argentina. El Registro Nacional de Juicios Sucesorios y Testamentos será responsabilidad del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Será obligación del director a cargo de este registro arbitrar los medios necesarios para que la registración ordenada por cada juez se produzca dentro de las 24 horas de recibida la respectiva comunicación.”

Art. 4. Sustitúyese el segundo párrafo del 690 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto: “Dentro de tercer día de iniciado el proceso, el juez deberá comunicar al Registro Nacional de Juicios Sucesorios, la iniciación de todo proceso de esta naturaleza, con los recaudos que establece la ley y la reglamentación respectiva”.

Art. 5. Sustitúyese el artículo 694 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo ...del Código Civil, los acreedores sólo podrán iniciar el proceso sucesorio después de transcurridos cuatro meses desde el fallecimiento del causante. Con su presentación deberán acompañar certificado expedido por el Registro Nacional de Juicios Sucesorios acreditando la no iniciación de otro proceso de igual naturaleza. Sin embargo, el juez podrá ampliar o reducir ese plazo cuando las circunstancias así lo aconsejaren. Su intervención cesará cuando se presente al juicio algún heredero o se provea a su representación en forma legal, salvo inacción manifiesta de éstos, en cuyo supuesto los acreedores podrán activar el procedimiento”.

Art. 6: Modifícase el Art. 2465 2do. párrafo el que quedará redactado en la siguiente manera:

“Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea a favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua; salvo lo dispuesto en el régimen de las convivencias asistenciales”.

Ello demuestra que la idea originaria deL Prof. Marcos Córdoba se encuentra arraigada en la consideración de los doctrinarios, profesores de derecho y la comunidad jurídica en su conjunto, revelando la necesidad que el reclamo de la sociedad se plasme en normas del derecho positivo.

II.- FILIACIÓN - en general

Lo que señalamos genéricamente al comienzo alcanza su mayor expresión en la regulación de la filiación donde además de reconocerse la filiación por naturaleza y por adopción como ya lo hace la ley vigente, se agrega una categoría de hijos cuya denominación por la ley bien podría ser un premio para cada niño que se gesta, como lo es la denominada "voluntad procreacional", pero ella se limita a los que se engendran por técnicas de reproducción humana artificial o asistida.

De este modo el Proyecto hace mérito de una circunstancia que podría ser fundante para toda filiación, como lo es que todo hijo sea fruto del deseo de sus padres, pero que la limita a lo expuesto y lo hace con tal grado de liviandad y de evidente duda sobre el destino de la propuesta que llega a consagrar la posibilidad de revocar esa "voluntad" exhibida en un momento anterior.

Si los hijos fueron deseados o no, siempre ha constituido una cuestión ajena al derecho porque el nuevo ser que se gesta es por sí sólo esa persona por nacer con derechos, que lo constituyen en un sujeto autónomo respecto de sus progenitores, pero con derecho a la filiación. Ahora, se abre la puerta para que podamos calificar a los hijos en más o menos queridos o directamente en hijos voluntariamente concebidos, "in vitro", en tanto otros podrán ser tan sólo fruto del azar del sueño de una noche de entretenimiento.

Por la vía de la analogía y el absurdo, nos preguntamos si es propio el hijo de un hombre con "voluntad procreacional" que lo ha concebido por encargo en un centro de fecundación artificial, no obstante haberse recurrido a células germinales ajenas, por qué será hijo de ese mismo hombre el que ha concebido con mujer extraña sin "voluntad procreacional" alguna, ya que la fecundación de ésta ha sido tan sólo una consecuencia biológica de un encuentro ocasional?

Además cabe advertir que el reconocimiento de tres categorías de filiación deja en un lugar absolutamente secundario o terciario a la filiación por adopción. Esta ya no será el encuentro de un niño necesitado de una familia, con una pareja de padres o una persona individual que desea ser padre y no lo logra por naturaleza, sino el encuentro de ese niño con unas personas que han probado diferentes técnicas de fecundación artificial con resultado negativo, por lo tanto, ante el descarte de las formas anteriores, se recurre a la adopción .

Ya hace algunos años habíamos comenzado a verificar casos de consultas con terapeutas especialistas en adopción que recibían pacientes que llegaban justamente en busca de la tercera oportunidad luego de haber visto fracasada la opción de la naturaleza y luego la de la procreación asistida. Que eso ocurriera como consecuencia de las propuestas de biotecnólogos que querían facilitar la concepción de un hijo mediante técnicas de fecundación artificial, es una cosa que merece alguna reglamentación en este Proyecto, pero que se llegue al extremo de aceptar todo tipo de pruebas y tratamientos para obtener un hijo, no parece prudente y mucho menos frente a la posibilidad de la adopción que requiere una definición por parte de los futuros adoptantes que descarte la posibilidad de ser padres a través de situaciones extremas como la llamada maternidad subrogada o por alquiler de vientre, o gestación por sustitución como la denomina el Proyecto (art. 562).

En cuanto al reconocimiento legal sin más de la maternidad por sustitución poco es lo que se sabe de las consecuencias sociales que se pueden seguir de esas prácticas. Además, llama la atención que el Proyecto no mantenga un nivel de

coherencia sobre los derechos de los niños que podrían nacer como consecuencia de esas prácticas, con relación a los niños adoptados.

En ese sentido, si a los niños adoptados la ley les asegura que deben ser educados y recibir la información pertinente sobre su origen biológico, pareciera necesario que se imponga lo mismo a los nacidos de técnicas de reproducción asistida con gametos de personas extrañas a su padre y a su madre. La información que recibe todo niño de que no es biológicamente hijo de las personas a quienes trata como madre y padre, más allá de que éstos hayan tenido "voluntad procreativa" configura en muchos casos un relato parcial o una expresión de ocultamiento que repercute negativamente en el hijo que, a pesar del silencio de los padres, termina sabiendo cuál es su origen, como nos ha pasado en la práctica. Cabe un agregado en este sentido al art. 575 que obligue a los padres a dar a conocer el origen biológico del hijo.

Si continuamos la comparación de la "voluntad procreativa" con la filiación adoptiva cabe recordar los esfuerzos realizados por la doctrina y la jurisprudencia a partir de los más modernos regímenes legales, para descartar formas de adopción de naturaleza contractual, o sea que el niño que reciben los adoptantes es producto de un acuerdo privado con los o la progenitora, para sostener que es la adopción es una institución del Estado para el amparo de niños sin familia o en comprobado abandono, en tanto que se admite la contratación para lograr una maternidad por sustitución.

Sostenemos que no es necesario caer en posiciones extremas y así como es posible que en algunos casos, cuando las circunstancias especiales lo justifiquen, una progenitora podrá decidir a la persona a quién le dejará a su hijo para que lo adopte y en ese sentido se propone una redacción complementaria al art. 611 del Proyecto, también es aceptable que la mujer que porta en su seno un hijo procreado en forma extracorpórea por encargo de un tercero, al momento de nacer el hijo decida entregárselo a esa persona que lo encargara. Pero esa entrega siempre será de libre elección para la progenitora, ella tiene la última palabra.

Esta solución sostenemos que es válida pero resulta definitivamente contraria al Proyecto porque éste reduce a la madre portadora al mero carácter de útero sirviente, que debe entregar al niño tan pronto nace, porque esto es lo que resulta del contrato realizado. Una disposición semejante no sólo ataca la dignidad de la mujer, sino que pone en crisis el derecho del niño porque es sabido que para éste la ruptura de sus vínculos originales, especialmente con la madre que lo llevó en su seno y que contra su voluntad, por imperio del contrato, debe entregarlo, no es una circunstancia inocua sino que tiene consecuencias dolorosas.

En definitiva, la separación del niño de la progenitora que lo ha parido sólo se justifica cuando ésta por su propia cuenta y por razones a veces difíciles de explicar, opta por dejar al hijo. Esto es lo que ocurre en la adopción.

En consecuencia no es admisible la maternidad subrogada. La solución de los dilemas de los embriones abandonados debe decidirse en términos de adopción, si la gestante acepta dejar el niño en favor de quien entregara por ejemplo sus células germinales, pero es ella quien tiene la última palabra. Ese sería un caso donde se justificaría la entrega directa que menciona el art. 611.

Insistir en que debe privilegiarse la noción de que la maternidad se acredita por el parto, no parece una traba muy importante a formas de procreación asistida.

En cuanto a los convenios para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, especialmente cuando se trata de fecundación extracorpórea, no es posible sostener como principio su revocabilidad en cualquier etapa del proceso. Debe distinguirse la revocabilidad a los fines de someterse a los tratamientos que el especialista en procreación artificial indique, de la revocabilidad a los fines filiatorios. En un primer caso la persona o la pareja que recurre al centro de procreación decide dejar de lado el tratamiento antes de haber logrado la fecundación de células germinales, ello no parece objetable en modo alguno, basta con que uno diga que desiste para que el convenio quede rescindido. En tanto que en el segundo, de lo que se trata es de revocar la decisión de ser padre o madre del ser ya concebido o por el contrario presentarse pretendiendo ser padre o madre del concebido luego de

la revocación del consentimiento que diera para donar células germinales, aunque esta última situación no ha sido prevista en la ley.

En realidad la revocabilidad del consentimiento para la filiación por parte de la madre que ya no acepta recibir el embrión procreado implica abandono del mismo y ello debe solucionarse en términos de adopción de embriones. Si la revocación proviene del hombre y la mujer acepta la transferencia embrionaria, tal revocación no tendrá efectos para el padre que por el principio de los propios actos deberá hacerse responsable del embrión transferido a la mujer.

Con todo lo expuesto se advierte que la gestación por sustitución sólo puede tener efectos filiatorios cuando lo es en el caso de adopción de embriones que debe legislarse en forma específica, salvándose la laguna que se ha dejado en la redacción actual, en los casos de revocación indicados.

Si hubiere gestación por sustitución corresponde a la gestante decidir si el hijo será suyo o lo entregará a quien se lo hubiere encargado en cuyo caso la filiación del niño es la propia de la adopción.

En caso de reproducción humana asistida, la muerte del cónyuge o conviviente de la mujer, producida antes de la transferencia de embriones, sólo puede generar filiación con el padre si la misma se produce en el lapso de un año del fallecimiento, con independencia de la voluntad del fallecido, como forma de preservar el derecho a la filiación del niño nacido por esas técnicas. El plazo de caducidad parece razonable como modo de evitar la perturbación del orden familiar que resulta de la aparición de hijos en cualquier tiempo después de la muerte del padre. Si se produjera el fallecimiento de la mujer, la transferencia de embriones debe resolverse en términos de adopción de éstos.

En definitiva, desde la perspectiva del hijo, que el estado de familia de un niño, de hecho vulnerable por naturaleza, dependa de la decisión de un adulto a través de la expresión de su "voluntad procreativa", contradice la protección de los derechos humanos fundamentales del niño a la identidad y a la vida familiar.

III.- ADOPCION

La propuesta tiene aspectos positivos en cuanto intenta acortar los plazos para definir la situación de los niños que pueden estar en condiciones de ser adoptados, incorporando en forma expresa la decisión judicial que declara el estado de adoptabilidad, para de inmediato disponer la entrega del niño en guarda para adopción por un plazo que se limita a seis meses.

Otra vez la suerte del niño quedará sometida al buen o mal desempeño del juez que es quien debe tomar las medidas pertinentes en tiempo propio.

No obstante ello, caben algunas precisiones al texto de la ley que los formularemos en los puntos que siguen:

- 1. Principios Generales:** Corresponde agregar al art. 595 un inciso que disponga: "g) el derecho a la preservación de su origen étnico y cultural, de sus tradiciones y de su religión", con fundamento en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del niño y la Declaración de 1981 sobre libertad religiosa de la ONU.
- 2. Entrega directa del niño:** parece necesario precisar que las entregas directas de niños para adopción pueden ser admitidas pero sólo cuando han mediado razones fundamentales que justifiquen esa forma de entrega y la misma corresponde al interés superior del niño.
Como se dijo en el capítulo de la Filiación en general, cabe entonces precisar el texto del art. 611 del Proyecto en ese sentido.
- 3. Parentesco:** la adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes del adoptante, según dice el art. 620 del Proyecto, pero el art. 535 del mismo dice que la adopción simple sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, lo cual parecen formulaciones que se contraponen, porque lo que ocurre en la realidad dentro del régimen vigente es que el adoptado en adopción simple no tiene

vínculos de parentesco con la familia del adoptante, en tanto que mantiene sus vínculos jurídicos con la familia de origen (arts. 329 y 331 del Código Civil vigente).

IV.- AUTORIDAD PARENTAL y PERSONAS MENORES DE EDAD

Las nuevas denominaciones que se proponen requieren de una mayor precisión que las que contiene el Proyecto para evitar confusiones y una deformada interpretación de lo que necesitan los hijos de sus padres para asegurarles la protección que por derecho les corresponde y que le deben no sólo la familia, sino también la sociedad y el Estado, como expresamente lo establece el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En tal sentido señalamos los aspectos que siguen:

- 1. Autoridad parental:** parece objetable la denominación propuesta en el proyecto ("responsabilidad parental") pues reduce la concepción de este instituto central del derecho de familia al mero cumplimiento de una obligación legal, cuando la noción de autoridad constituye un concepto más amplio y más adecuado a lo que necesita el hijo como expresión de la protección que le deben sus padres para su adecuado crecimiento y desarrollo. Cabe recordar que en la etimología de la expresión autoridad, aparece la noción "del que hace crecer" como propio del que ejerce la autoridad. Entonces que más preciso que ese concepto como el mas adecuado a la realidad de todo hijo. También se considera objetable la posibilidad de delegar tal autoridad o responsabilidad, pues lo que se delega es la "guarda", pero no la autoridad.
- 2. Responsabilidad parental y personas menores de edad:** desbalanceo hacia una autonomía excesiva y no realista de los niños en general, aunque se admita la capacidad progresiva que acoge el derecho moderno.
- 3. Personas menores de edad:** se sugiere uniformar la terminología para evitar posibles interpretaciones restrictivas.
- 4. Personas menores de edad:** parece excesiva la competencia para actos de disposición en materia de derechos personalísimos.

5. Tutela legal: cuestionamos su supresión. Parece razonable que la ley mantenga un orden de prelación entre parientes llamados a ejercer la tutela de un niño, como reconocimiento del lugar que esos parientes ocupan en la familia y sin perjuicio de la idoneidad que se debe acreditar en cada caso, extremo que tampoco se señala en el Proyecto.////

////.-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.- - - - -

-