

El derecho de familia y la bioética en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Nelly Minyersky*

El presente artículo realiza un análisis de las cuestiones bioéticas que atraviesan distintos institutos del derecho de familia y la persona, abordadas en el Proyecto de Reforma del Código Civil. El avance producido a nivel mundial y en nuestro país en particular de la universalización de los derechos humanos devino en la imperiosa necesidad de adecuar la legislación civil a los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, 1994). Se analiza la constitucionalización del derecho privado, y se desarrollan si bien brevemente los principios fundantes de la reforma: igualdad, no-discriminación, autonomía, autonomía de la voluntad en el derecho de familia y en especial la autonomía en la voluntad procreacional.

Palabras clave: bioética - derecho de familia - universalización de los derechos humanos - igualdad - no discriminación - autonomía - autonomía de la voluntad procreacional

This paper explores bioethical issues of family law and the definition of person addressed in the draft for the amendment of the Argentinean Civil Code. The increasing universalization of human rights worldwide and in our country has led to the need of adjusting the civil law to the international treaties of human rights, which have constitutional hierarchy (art. 75, inc. 22 y 23 of the National Constitution, 1994).

This paper analyses the founding principles of the amendment: equality, non-discrimination, freedom of choice in family law and, especially, the autonomy in the decision to procreate.

Key words: bioethics - family law - universalization of human rights - equality - non discrimination - autonomy - autonomy in the decision to procreate

* Abogada. Profesora Consulta de la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Maestría y la Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, UBA. Investigadora permanente UBACyT.

I. Introducción

El actual Código Civil, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, es el encargado, en gran medida de regir la vida de los argentinos, y lo hace desde el año 1871. Desde entonces ha pasado más de un siglo y medio; y si bien ha tenido importantes reformas, lo cierto es que resulta imprescindible una reforma integral y una adecuación a las normas de derecho constitucional.

Este Proyecto de Código Civil ha recogido el laborioso camino recorrido por nuestro país en derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En los fundamentos del Proyecto se delimitan ejes centrales que han servido de guía para la reforma, entre ellos “la constitucionalización del derecho privado”, que trae muchas disposiciones relevantes para la bioética.

II. La reforma propuesta en el derecho de familia

El derecho de familia desde siempre ha sido imbuido por el orden público: el matrimonio, sus efectos; la filiación, etc. Estos institutos han sido delineados por el Estado desconociendo la autonomía de las personas para regir sus vidas en ámbitos tan caros como la sexualidad, la procreación y el proyecto de vida personal.

Al pensar en los cambios que ha sufrido la sociedad desde 1871, no podemos dejar de notar que ello ha devenido en un obligado cambio de las diferentes realidades por las que atraviesan las familias y la forma en que el

Estado debe responder con iguales o distintas herramientas, pero siempre garantizando los mismos derechos a cada uno de los integrantes de las familias (cualquiera sea su modo de conformación: monoparentales, heteroparentales, homoparentales, ensambladas, convivenciales, etc.). Como se plasma en los Fundamentos del Proyecto, lo que se necesita es conquistar la igualdad real y no abstracta para todos los ciudadanos.

Debemos destacar que cada familia no es un ente autónomo en sí mismo, porque sin sus integrantes carece de sentido. Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, este Proyecto ha tomado debida nota de que la familia ya no se conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, así como a los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad a los que se ha comprometido nuestro país.

Lo que para el Estado es la adopción de una política pública cierta, para el individuo el impacto es a nivel subjetivo. Esa inclusión o exclusión del individuo en el marco de protección del derecho de familia repercute en su autoestima, y también en la mirada del resto de la sociedad hacia esa persona.

Para el Estado, la regulación del derecho de familia se traduce en control social y eventual paternalismo, es decir, que encontrando regulada la mayor parte de la población, más

elementos tendrá el Estado para asumir las políticas públicas que considere adecuadas para el grupo de personas que ha incluido en el marco que brinda el derecho de familia.

III. La universalización de los derechos humanos

A. Constitucionalización del derecho privado

El estado Argentino asumió muchas e importantes obligaciones internacionales desde el dictado del Código de Vélez Sarsfield. Al leer los dos primeros artículos del Proyecto en estudio, observamos que este Código recepta en materia de fondo que regirá en toda la República la doctrina de derechos humanos. El primer artículo remite a la Constitución Nacional y a los tratados en los que es parte la República. En el segundo, a los fines de la interpretación de la ley, establece que la misma debe “ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Por requerir estas obligaciones internacionales asumidas por el Estado que el mismo cumpla en su jurisdicción, la aplicación interna y la remisión directa a los tratados internacionales resulta no sólo justa sino muy oportuna e imprescindible. Se reconoce así el avance que supone, para determinados sectores de la humanidad, en especial mujeres y

niños, el desarrollo de lo que denominamos universalización de los derechos humanos, o teoría de la constitucionalización, o humanización del derecho de familia.¹

B. Los principios fundantes

Como recordamos al principio, esta reforma trae aparejada la necesidad sustancial de modificar las normas en materia de derecho de familia. En los fundamentos del Proyecto se dice que el Código que se propone contiene aspectos valorativos que lo caracterizan y se pueden resumir en los siguientes principios: identidad latinoamericana, constitucionalización del derecho privado, igualdad, paradigma no discriminatorio, sociedad multicultural, seguridad jurídica, código de derechos individuales y colectivos. Analizaremos muy brevemente algunos de estos principios que consideramos de gran importancia para las instituciones en estudio.

1. Igualdad

Los derechos humanos encuentran su pilar fundamental en el principio de igualdad. Desde la Revolución Francesa se ha estudiado y trabajado en pos de la igualdad de los hombres, camino que comenzó a ser recorrido por mujeres y niños con mucho más esfuerzo y muchas más trabas.

Este Proyecto en sus fundamentos postula como una de sus directrices el establecimiento de la igualdad real de todos los habitantes. La igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos; pero

para alcanzarla se requiere en primera instancia emparejar la situación de todos los individuos, neutralizando obstáculos o desigualdades de tipo sociales, culturales, económicas, políticas, a los fines de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de la personalidad de cada uno y entonces promover el acceso efectivo al goce de derechos personales.

El principio aristotélico de justicia distributiva postulaba como máxima “dar a cada uno lo suyo”. Se debe analizar en debida forma este principio. Otorgar contenido a esta situación tan tajantemente puede conducir a flagrantes injusticias. Depende quién y cómo decida qué es “lo suyo” y qué es “lo justo”.²

2. No-discriminación

El principio de igualdad debe interpretarse de manera armoniosa con el principio de no-discriminación. El derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas.³ Por lo que el principio de igualdad debe ser interpretado, en esta actualidad que nos toca vivir, reconociendo que esa igualdad supone diferencias.⁴

Este Proyecto promueve que nadie quede excluido del amparo de los de-

rechos universales. La pluralidad que existe en todas las sociedades y en particular en la nuestra, reconocida en los fundamentos del Proyecto como multicultural, obliga al reconocimiento de las identidades, respetando los diferentes proyectos de vida de cada uno de los habitantes.

3. Autonomía

Un principio imperante en el Proyecto es el de autonomía y de autonomía de la voluntad. La Real Academia Española define la palabra autonomía como “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.” Se trata de una condición de la persona. A su vez, se entiende por ente autónomo al individuo “capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación”. “Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros. Mostrar la falta de respeto por un agente autónomo es repudiar los criterios de estas personas, negar al individuo la libertad de actuar según tales criterios o hurtar información necesaria para que puedan emitir un juicio, cuando no hay razones convincentes para ello”. “La autonomía se entiende, en un sentido muy concreto, como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa”.⁵ Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre.

a) Autonomía de la voluntad

Así como los pueblos gozan del principio de autodeterminación para gobernarse, cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar del mismo principio. De eso se trata la autonomía de la voluntad personal, la que no existe si no es acompañada por el derecho a la libertad. Esta autonomía de la voluntad se expresa en el derecho a manifestarse y actuar libremente de acuerdo a las propias leyes, respetando quién se es. Este derecho a la libre determinación se origina en la dignidad humana y como antes mencionamos es inescindible del derecho a la libertad. Se lo puede resumir como el estado de libertad que puede coexistir con el de los demás respetando el principio de no dañar a otro, cumpliendo con los requisitos del principio de reserva consagrado en la Constitución Nacional, en su artículo 19, interpretado éste último con la actualidad necesaria para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad que cada uno de los habitantes de la República posee.

b) Autonomía de la voluntad en el derecho de familia

Así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales, la familia conforma una faceta más en la vida de las personas, y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad.

Cuando mencionamos la oportunidad de la presente reforma en

relación al derecho de familia, propusimos que no existe un único modelo de familia, ni una sola definición. Es que con el devenir del tiempo, a lo largo de los siglos, el avance de la sociedad ha originado diferentes modelos adecuados a las necesidades de cada época. Esos cambios no encuentran su explicación en una sola teoría. Diez-Picazo mencionó como precursores de cambio los diferentes intereses sociales, realidades económicas o modos de producción.⁶ Lo cierto es que los cambios sociales llevan siempre muchos años de gestación y desarrollo para imponerse sobre otros, y ellos llevan la impronta de la voluntad de cada uno de los individuos que han vivido en esas épocas.

Las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no sólo sobre su propia vida sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado.

Este modelo nuevo de familia nace en un modelo democrático, en tanto los individuos además de respetar su libre determinación, o su autonomía personal, respetan la del resto de los integrantes de la familia, y basados en principios

de tolerancia y solidaridad crean su propio modelo de familia.

c) Autonomía de la voluntad procreacional

Uno de los grandes desafíos del Proyecto en estudio ha sido el de legislar sobre la filiación y los distintos métodos de reproducción humana asistida existentes, que no son pocos.

El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad, como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre.

La voluntad parental no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo. Ello puede suceder de múltiples maneras, ya sea desde la utilización de métodos anticonceptivos, hasta las intervenciones quirúrgicas para la anticoncepción, o el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en el caso de no querer tener un hijo. Y para el caso de sí quererlo: la práctica de relaciones sexuales, las distintas formas que la ciencia médica pone al alcance de los particulares para concebir y tener un hijo, y la adopción.

Que las distintas situaciones que se presentan estén legisladas resulta trascendente en la reflexión bioética, por cuanto todas esas posibilidades pasan a tener una presencia real y concreta en la sociedad, por un lado, y, por otro lado, no se deja margen para considerar que la política que se implemente al respecto constituya una concesión gratuita sino el cumplimiento de una obligación en el respeto, garantía y efectivización de los derechos sexuales y reproductivos en un marco de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Así, al dictarse una ley, “lo que es técnicamente posible se transforma en permitido legalmente y la diferencia para el ciudadano común es de capital importancia ya que, para muchos, la única referencia moral es la ley positiva. De lo posible se pasa así a lo legítimo y lo que la ley permite es ya un derecho subjetivo, o sea, una pretensión que cualquiera puede exigir y la justicia no puede negar.”⁷⁷

IV. Análisis del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Procederemos a analizar algunas de las instituciones de derecho de familia cuyo tratamiento en el Proyecto de reforma nos parece de singular trascendencia y que se encuentran transversalmente atravesadas por la bioética.

Más allá de las modificaciones a las instituciones aquí estudiadas, existen en el Proyecto importantes modificaciones en las relaciones de familia, que si bien no se encuentran estrictamente vinculadas a cuestiones bioéticas, sí toman como principios rectores principios de bioética tales como los de autonomía, igualdad, no-discriminación, solidaridad, etc. Por mencionar de manera amplia solamente algunos de ellos: la equiparación de roles de padre y madre y el reconocimiento económico de las tareas del hogar y crianza de los hijos (art. 660), la posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio (art. 446), el divorcio incausado (art. 438) con el convenio regulador que debe acompañar sus solicitudes, la participación del niño, con edad y grado de madurez suficiente, como parte en el proceso de adopción (art.617). También el reconocimiento de las uniones convivenciales significa un gran avance en el dotar de derechos y obligaciones a quienes no contraen matrimonio, pero se unen en un proyecto de vida en común (art. 509 y ss), entre muchos otros avances impregnados de estos principios.

A. Inicio de la existencia de la persona humana

1. Embriones no implantados

El Proyecto en análisis tiene como eje fundamental al ser humano. Es por ello que en los primeros artículos del cuerpo aparece la legislación sobre persona humana. Si bien aún no ha sido sancionado, el artículo 19 del Proyecto⁸ ya es objeto de apasionadas discusiones.

En primer término y para evitar que se generen confusiones en la conciencia social, cabe destacar que en los Fundamentos del Proyecto se sostiene, respecto a la legislación de persona humana, que “dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios.”

El artículo en cuestión establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno, manteniendo aquí la redacción del Código vigente. Y trae un nuevo tópico, que Velez Sarsfield no había podido considerar: las técnicas de reproducción humana asistida,⁹ en cuyo caso la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión en la mujer.

Se realiza una diferencia entre embrión *in vitro* y embrión *in vivo*, que la doctrina ya había analizado muy concienzudamente.¹⁰ La diferencia radical se encuentra en la potencialidad de convertirse en persona que posee el embrión implantado. Los gametos fecundados que se encuentran fuera del útero, que no han sido implantados, revisten la misma naturaleza jurídica que revestían al estar diferenciados los óvulos y el espermio y separados de los cuerpos a los que pertenecían. No puede igualarse su estatus al de un embrión ya implantado cuyo destino invariable será la adhesión al útero femenino y el consecuente camino a la

conformación del feto humano en los plazos biológicos correspondientes. Si se encuentran dadas las condiciones para el éxito del proceso de desarrollo se llegará a la viabilidad. No así en el embrión que no ha sido implantado.

Todas estas consideraciones no se realizan con ánimo de negar vida al embrión antes de su implantación, sino para distinguirlo de su par implantado. Firmenich sostiene que “el cigoto humano es un programa genético con sólo el potencial teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la comunidad humana, puesto que sólo uno de cada tres llegan a implantarse. Ninguno de ellos tiene como finalidad intrínseca su implantación uterina. Ningún programa desarrollará lo que no tiene, es decir la estructura materna sin la cual no existirá la corporalidad.”¹¹

Antes de la implantación el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al “otro” que es el útero materno: ahí empezaría su constitutiva condición de ser-en-relación, rasgo humanizante de la vida.¹² De ahí que no pueda igualarse el estatus tanto jurídico como moral de uno y otro. Lo que sí puede sostenerse es que por ser “producto humano” debe gozar de un trato respetuoso, tal como el que se le puede otorgar a un órgano extraído de una persona o a un tejido humano; lo que implica que se encuentre fuera del comercio y que deban observarse ciertos principios éticos en toda investigación a la que se lo destine.¹³

Si sostenemos que el estatus moral del embrión no es el de una persona,

¿podríamos decir que es una cosa? Sabemos que los embriones *in vitro* pueden ser transferidos, ser donados, ser objeto de investigación. Ello amerita que le otorguemos la entidad de cosa mueble, ¿o se debe crear una categoría especial dadas sus características biológicas específicas? Se impone un tratamiento que asegure un mínimo de dignidad debido a su virtualidad de vida humana. Ahora bien, si el embrión fuera una persona, entonces toda la técnica de reproducción asistida (FIV, ICSI, congelamiento, PGD) sería moralmente inadmisibles. Si creemos que no lo es, se podrá sostener válidamente la posibilidad de la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida y actividades conexas.¹⁴

En síntesis, se aplica el principio de igualdad y no discriminación, tratando de diferente forma a lo que es diferente y se encuentra en distintas circunstancias.

2. El embrión *in vivo*

Los fundamentos del Proyecto, como se mencionara, exponen que en el Código Civil la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil. Así debe ser interpretado el artículo 19. Pero dicha redacción presenta el riesgo de ser utilizada en contra de las posibilidades de despenalizar y legalizar consecuentemente las interrupciones voluntarias de embarazo, e inclusive cuestionar, por algunos sectores, las causas de justificación que establece el Código Penal en el ar-

título 86, incisos 1 y 2, y otras que pudieran ser incorporadas como la de plazo.

La criminalización del aborto ha traído como consecuencia tergiversadas interpretaciones de todo el articulado legislativo y convencional que se refiere a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

La ciencia se encuentra ante un proceso de continuo y gradual desarrollo, que se inicia con la anidación del embrión en la pared del útero y concluye con el fin de la gestación. La referida gradualidad hace difícil determinar un punto de inflexión en el proceso de gestación, durante el embarazo, que pueda ser considerado el momento cierto en el que el embrión cambia de estatus, es decir, deja de ser parte incompleta de un proceso dinámico para ser persona. Es por ello, que podría decirse que el único momento en el que el embrión/feto cambia de estatus es el nacimiento. Por estas razones, hubiera sido conveniente aproximar los conceptos jurídicos y biológicos sobre la persona.¹⁵

El artículo 70 del Código Civil vigente establece: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. El Derecho realiza una construcción jurídica a los efectos de decidir desde qué momento se es persona, si es que toma un

momento anterior al nacimiento. Para ello recurre a ficciones como la señalada en el artículo transcrito y también cuando establece que “si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido” (actual artículo 74), similar situación se recrea en el Proyecto.¹⁶ En este sentido, a juicio de Alfredo Orgaz, “el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal.”¹⁷ La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontrastable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía del “como si”, tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren.¹⁸

Estas construcciones que realiza el Derecho son atajos o caminos técnicos de los que se valen las ciencias jurídicas para atribuir efectos a determinadas situaciones.

Debe transitarse este sendero con especial cuidado en atención a la impronta que las normas marcan en la sociedad. El Derecho tiene un efecto performativo en ésta. Para muchos lo que dice la letra de la ley actúa como

un termómetro, si se quiere ético o moral. Tanto para las normas que amplían derechos, como para aquellas que establecen penas. Es imprescindible tener especial cuidado al legislar sobre temáticas tan profundas, porque la habilitación a interpretaciones restrictivas puede hacer de la letra de la ley un estandarte de prohibición, limitación y violación de derechos humanos fundamentales, sin que ésta haya sido pensada y legislada para tales efectos.

3. Derecho comparado en Latinoamérica

En el derecho comparado latinoamericano encontramos cómo han legislado sobre este tema en países de nuestro continente. Resulta interesante la remisión a las diversas normativas que a continuación se citan:

- Código Civil Peruano, art. 184: la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Penado art. 114 CP.
- Código Civil Colombiano, art. 90: la existencia legal de toda persona se inicia al nacer, es decir al separarse completamente de la madre. Penado salvo 3 casos.
- Código Civil de Bolivia, art. 1: el nacimiento señala el comienzo de la personalidad.
- Código Civil de Ecuador, art. 60: el nacimiento de una persona fija el comienzo de su existencia legal.

- Código Civil de Costa Rica, art. 13: la existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes del nacimiento.
- Código Civil de Venezuela, art. 17: el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien, y para que sea reputado como persona basta que haya nacido vivo.

Cabe destacar que si bien estas legislaciones marcan el inicio de la existencia de la persona con el nacimiento, ello no obsta a que prohíban y penen la interrupción voluntaria del embarazo.

Debemos en este punto destacar que la República Oriental del Uruguay ha sancionado con fecha 17 de octubre de 2012, la ley 18987 que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo que se realice durante las primeras doce semanas.

B. La Filiación en el Proyecto de Reforma

1. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida

Hasta hace algunas décadas al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados. Se decía “el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado”.¹⁹ Es el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Como vemos, se identifica filiación,

en general, con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación. Con la aparición de técnicas de reproducción humana asistida,²⁰ las definiciones precedentes son totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello, que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como “padre” y “madre” en un extremo, e “hijo” o “hija” en el otro.²¹ La definición precedente es la que resulta más exacta, o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidos en las últimas décadas, que han puesto al alcance de grandes sectores de la población las técnicas de reproducción humana asistida.

La división que estos avances supusieron entre la procreación y la sexualidad, el avance que la crioconservación de óvulos, esperma y embriones significó, condujeron a la posibilidad de distintos tipos de paternidades y maternidades. Es así que hoy nos encontramos que puede haber un padre genético donante de esperma, genético o procreador, y un padre social, que es quien asume como hijo a un niño/a aunque no tenga un vínculo biológico con él/ella. En la misma línea, debemos señalar la identificación que puede hacerse de distintas figuras maternas: madre genética, madre gestante y madre social.

En el Código Civil vigente, el artículo 240 establece que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extra matrimonial, de am-

bas surgen los mismos efectos. Podemos observar que el mencionado artículo equipara los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero no menciona la filiación correspondiente a los hijos nacidos por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA. Han nacido miles de niños en estos años a través de las mismas, con las distintas opciones posibles: con gametos de ambos progenitores, o con donación de semen u óvulos por parte de terceros.

Otorgar seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna imprescindible promover una reforma legislativa al efecto, dotando de los mismos derechos a todos, cualquiera sea el origen de su filiación.

Esta falencia señalada adquiere nuevas dimensiones al sancionarse la ley 26618 de matrimonio igualitario.²² El artículo 42 de esta ley dice que los mismos derechos que se conceden a los matrimonios heterosexuales corresponden a los matrimonios igualitarios y que de ninguna manera corresponde privar a los mismos de derecho alguno. No se mencionan expresamente en el referido artículo 42 los efectos derivados de la filiación en relación a esta ley, ni se modificaron las normas vigentes al efecto. Al no modificarse todo lo que hace a la filiación, incorporando las normas necesarias para hacer realmente eficaz y efectivo el mencionado artículo, se crea una necesidad legislativa, al existir la posibilidad de plantearse inconsistencias por omisión. Podría

considerarse que cuando se trata de una pareja homosexual el derecho filiatorio vigente es un derecho débil.

El Proyecto del Código en análisis asumió esta responsabilidad y haciendo efectivos principios constitucionales y de los tratados internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño,²³ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁴, y la ley 26061²⁵, receptó las técnicas de reproducción asistida regulando el uso de las mismas en cuanto causa fuente de filiación, al decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza y mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción, otorgando los mismos efectos, ya fuere matrimonial o extramatrimonial. Añadiendo, a su vez, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (Art. 558).

Los ejes centrales que se tuvieron en cuenta al legislar esta institución son los principios de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad, celeridad e inmediata inscripción, de acuerdo a lo que ordenan los Art. 7 y 8 de la CDN y la ley 26061. Y, sustancialmente, el derecho a gozar de los beneficios de los progresos científicos y el derecho a gozar de una familia.

En el Libro Segundo Título V del Proyecto se incorpora la voluntad procreacional como fuente de la filiación. En el artículo 561 se señala que los hijos nacidos de una mujer por las TRHA son hijos también del hombre y/o la mujer que ha prestado su consentimiento previo informado y libre, en los términos del artículo 560, debi-

damente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

A través de esta norma se le otorga una imprescindible seguridad jurídica a las filiaciones en que se han utilizado TRHA, dotando a la voluntad de ser padres o madres de una fuerza tal que desplaza completamente al material genético, culminando en que éste no es determinante, ni única causa fundante, del vínculo filial.

La voluntad procreacional se concretiza y se expresa en el Proyecto a través del consentimiento previo informado y libre de quienes se someten al uso de las TRHA con gametos donados, el que debe ser renovado cada vez que se proceda a su utilización. Se sostiene que el consentimiento deberá contener los requisitos previstos en disposiciones especiales, con posterior protocolización de escribano público y que debe prestarse en el centro de salud interviniente.

Queda claro que hasta tanto no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella, el consentimiento es libremente revocable. Como vemos, en todo el desarrollo de esta temática, los principios de autonomía e igualdad se encuentran presentes. El artículo 563 establece que en caso de muerte del/la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no habrá vínculo filial entre la persona nacida de TRHA y la persona fallecida, si la concepción en la mujer o la implantación del embrión no se hubiesen producido antes del fallecimiento. Ello será así salvo que, antes

del fallecimiento, al prestar consentimiento o en un testamento al efecto, se dejare constancia de que los embriones producidos por sus gametos podrán ser transferidos aún después de su deceso y que la concepción o implantación del embrión en la mujer se produzca dentro del año siguiente del mismo.

Es así que sostenemos que en materia de procreación postmortem se determina, a los efectos de clarificar jurisprudencia y doctrina en contrario, que debe haber una voluntad actual a los efectos de consentir el uso de los gametos o embriones, en su caso, salvo que la voluntad haya sido expresada fehacientemente en la documentación requerida y no haya sido revocada hasta la muerte, y no se exceda el plazo de un año para la transferencia a la mujer.

El Proyecto no regula, como es lógico, las TRHA. Solamente se limita a incluir, dentro del instituto de la filiación, la que deviene del uso de estas prácticas.

2. Maternidad por sustitución

La aplicación de las TRHA a la maternidad subrogada es una de las técnicas que mayores obstáculos ha encontrado en su aplicación para ser incorporada a las legislaciones en el derecho comparado. Los obstáculos que ella enfrenta son de todo tipo: culturales, sociales y políticos. En general, se prohíbe, en base a la eventual utilización mercantilista del cuerpo de las mujeres frente a esta técnica. Observamos en el derecho comparado tres sistemas diferentes: 1) aquéllos que la prohíben terminantemente, como es el caso de Francia, en que in-

clusive se la considera un delito, 2) aquéllos que se abstienen de legislar sobre la misma, y 3) aquéllos que la regulan.

La regulación asume distintas posibilidades en formas de implementarla, por ejemplo: en general, las distintas legislaciones tratan de evitar el tráfico o turismo llamado “reproductivo” y, para evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer, se prohíbe la onerosidad del pacto. También se limita el número de partos o de utilización de estas técnicas. Algunos países incorporan la institución de la adopción para otorgar eficacia a los contratos de maternidad por sustitución. En los Estados Unidos de Norteamérica, algunos estados si bien tienen una actitud permisiva hacia los acuerdos gestacionales, tienen características propias –por ejemplo, en Florida se acepta que la madre subrogada pueda cambiar de opinión hasta 48 horas después del parto–.

La ley griega 3089, de 2002, exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país, al igual que lo hace la ley israelí.

Por el contrario, la ley inglesa limita esta exigencia de residencia a una de las dos. En relación a este último país, debemos señalar que en el derecho inglés se considera madre a la que pare, y se articula este derecho de subrogar la maternidad como un régimen especial que consiste en una orden de parentalidad que los tribunales deben expedir.

La ley israelí 5746/1996 establece una previa aprobación del convenio de maternidad por subrogación. Entre sus requisitos: la gestante no debe aportar

sus óvulos; debe tener entre 22 y 40 años y, a lo sumo, debe haber sufrido 2 cesáreas y 5 partos. Sólo se otorga el derecho a celebrar estos contratos a parejas infértiles y casadas.

Cabe señalar que en los últimos tiempos el Distrito Federal de México y Brasil, a través de distintos instrumentos, han incorporado la posibilidad de que se practique la maternidad por sustitución.

El Proyecto ha optado por incorporar el uso de esta técnica. Se dice en los fundamentos que la práctica indica que se realiza más allá de su legalidad o no. La complejidad de la temática en cuestión y las diversas situaciones que pueden darse frente a las diferentes formas de paternidad y maternidad enunciadas precedentemente nos hacen pensar que la regulación legal siempre es benéfica para los sujetos involucrados.

Hemos dicho también que se trata de estudiar sobre el derecho de las familias, lo cual nos hace pensar que violamos los derechos de igualdad y reproducción si prohibimos a determinados sectores de la sociedad el instrumento apto para igualar los derechos y obligaciones de las parejas, sean hombres o mujeres. Para las parejas conformadas por dos personas del sexo masculino no existe otro medio que recurrir a este tipo de gestación, manteniendo por lo menos el vínculo genético del semen de uno de ellos. Igual situación puede darse en aquellos casos de parejas heterosexuales que por alguna enfermedad o disfunción en los órganos reproductivos de la mujer no tienen otra forma de cons-

tituir una familia, utilizándose los gametos por lo menos de uno de ellos.

Nuestro país en este momento se encuentra dentro del grupo de países que se abstiene, ya que no tiene ningún tipo de legislación al respecto.

El Proyecto adopta uno de los modelos reseñados. No se prohíbe la práctica, pero se rodea a la institución de una serie de requisitos que lo hacen lo más transparente y accesible posible. El artículo 562 adopta la gestación por sustitución señalando que debe existir consentimiento informado de todas las partes. Se deja totalmente aclarado que la filiación del niño nacido queda establecida entre él y los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del/los comitentes y el consentimiento debidamente homologado judicialmente. Sin dejar de lado las exigencias que prevea la ley especial en la materia, el Proyecto requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- respecto del niño: que se haya tenido en miras su interés superior;
- respecto del/los comitentes: a) que al menos uno de ellos haya aportado sus gametos, b) imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- respecto de la gestante: a) que tenga plena capacidad y buena salud física y psíquica, b) que no haya aportado sus óvulos, c) que no haya recibido retribución, d) que no se haya sometido al proceso por más de dos veces, y e) que haya dado a luz al menos un hijo propio;
- respecto del trámite: que exista previa autorización judicial antes

de la transferencia embrionaria a la gestante –si no lo hubiere, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Consideramos que los requisitos que exige el Proyecto son indispensables y constituyen instrumentos morales y éticos para la resignificación de la maternidad por sustitución. El control jurisdiccional es un principio determinante para verificar que se acude a este procedimiento con total autonomía y libertad de las distintas personas involucradas. Se considera a la mujer gestante en diversos aspectos de su personalidad al exigir que previamente haya transitado por la experiencia de la maternidad. Se pone a salvo la no mercantilización del cuerpo de la mujer mediante la exigencia de no onerosidad del convenio, así como mediante el requisito de no poder someterse más de dos veces a estos procedimientos. Asimismo la exigencia de la imposibilidad por parte de los comitentes de concebir o llevar a término un embarazo nos asegura que no se banalicen estos procesos.

Resultaría importante la incorporación de otro requisito, el de antigüedad en la residencia en nuestro país por un período apropiado, de todos los participantes de la relación, evitando la generación de turismo a estos únicos fines.

3. Anonimato del donante

Otro tema de suma importancia es el del anonimato del donante. En relación a esta temática el Proyecto en el artículo 564 legisla sobre el derecho a la información en las TRHA y estable-

ce que cuando se hayan utilizado gametos de un tercero, esta información debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. La persona nacida a través de estas técnicas puede solicitar se le revele la identidad del donante por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por medio de un procedimiento breve; y también puede requerirse, a través de un procedimiento administrativo, que el centro de salud interviniente provea información relativa a datos médicos del donante cuando hay riesgo sobre la salud del nacido.

La creación de los bancos de semen y su utilización suscitaron de inmediato una de las inquietudes más grandes en la materia: el anonimato o no del donante. Los bancos de semen asumieron una posición restrictiva en cuanto a la información. Se han esbozado diversos principios que se apoyan en especial sobre diferenciar los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra “padre” de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de “progenitor” para quien agota su conducta en el hecho de la entrega del semen, no sabiendo a quién se va a inseminar, o si se va a utilizar o no su semen. Por otro lado, el padre va a prolongar su función con los deberes y derechos de padre que se le imponen.

“La dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure proprio*, en ese momento, sino que es un acto que *per se* es sólo idóneo para la generación, pero no la provoca.”²⁶ Es decir, no provoca en sí

mismo una concepción. Se necesita una instrumentalización humana en el curso del proceso generativo, de modo y manera que un tercero sea quien decida la finalidad procreativa o no.

El absoluto anonimato del donante encuentra sus límites en la necesidad de preservar datos que pueden ser imprescindibles para resolver problemas de salud del nacido. Se ha dicho, entonces, que es un derecho inalienable y fundamental de la persona conocer su origen biológico y poder investigar esta relación genética. ¿Es coherente este acceso a la información con la preservación del anonimato del donante? Se sostiene que permitirle al hijo conocer la identidad genética sin reclamar determinaciones legales del progenitor respeta los derechos de la persona nacida por estas técnicas con gametos de terceros ajenos a sus padres, pero contraviene los argumentos a favor del anonimato del donante.

Esta postura es compartida por Roca, quien sostiene que la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad, y que ello nunca debe provocar relaciones de parentesco-filiares establecidas con los sistemas que la ley disponga.²⁷

Los argumentos a favor del anonimato encuentran su eje en la garantía de protección de la información por el secreto profesional debido. Se considera que el donante carece de vocación procreacional, y debe respetarse su voluntad. También se ha dicho que el conocimiento del donante puede llevar a resultados negativos respecto del interés superior del niño.

En el derecho comparado se advierten diferentes posiciones. Francia niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante. También se legisla de la misma forma en Italia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. Otros países que comenzaron sosteniendo el anonimato, modificaron su posición. Algunos de ellos, como Austria, Suecia y Suiza, permiten al nacido en estas circunstancias, en su mayoría de edad, obtener los datos del donante. Igual posición se sostiene en el Reino Unido, a partir del año 2005.

4. Prueba genética

En las acciones de filiación, se mantiene la admisión de toda clase de pruebas, como las genéticas, que pueden ser pedidas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, la misma se puede realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizándose a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valorará la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente (Art. 579 del Proyecto).

Atento al desarrollo de las tecnologías y el alto grado de certidumbre que las mismas proveen, debería haberse utilizado el término “presunción” en lugar de “indicio”.

El Proyecto también legisla en relación a la prueba genética post mortem, la que tendrá lugar en caso de fallecimiento del presunto padre, pudiendo realizarse la misma sobre material genético de los progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad

de uno de ellos se podrá autorizar la exhumación del cadáver (Art. 580 del Proyecto).

C. El derecho de niños, niñas y adolescentes en el Proyecto de Reforma. Capacidad progresiva. Competencia médica. Responsabilidad parental.

El Proyecto propone un código de la igualdad, basado en un paradigma no-discriminatorio. Se legisla teniendo presente que se trata de una sociedad multicultural poseedora de una serie de conductas sociales diversas. Especial consideración merece el avance sustancial de este código en el reconocimiento de los derechos humanos de niños, niñas y mujeres, el que puede proyectarse como fundamental para la institucionalización de la democracia en nuestro país.

“Se ha dicho que la democracia es buena para los niños” y “que los niños son buenos para la democracia”.²⁸ Oposición y complementariedad que testimonian la importancia del tema de la infancia dentro del sistema democrático. La histórica exclusión de niños, niñas y adolescentes de los programas de acceso a la ciudadanía requiere medidas concretas para el cambio de esa relación y la profundización de la vinculación entre los conceptos de democracia, niñez y familia. Es necesario considerar la democracia en la familia como condición insustituible para pensar la democracia en la sociedad, y por ende llegar, así, a un estado democrático de derecho.

Podríamos preguntarnos si el reconocimiento normativo y real de los de-

rechos de los niños y adolescentes requiere de la existencia de un estado democrático. Consideramos que ello es así, y así lo expone nuestra historia legislativa.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) contiene principios estructurantes que están íntimamente relacionados con los fundamentos referidos en los párrafos precedentes. En un sistema garantista puede decirse que estos principios “son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.”²⁹

Su artículo 2° establece el principio de no-discriminación; el artículo 3°, el de protección; el artículo 4°, el de efectividad; los artículos 5 y 12, la autonomía y participación. Todos ellos describen derechos tales como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía y la libertad, cuyo cumplimiento es exigencia de la garantía. Los principios enunciados son obligatorios y por ello el Proyecto no hace otra cosa que cumplir con el mandato constitucional.

Uno de los ejes fundamentales de la reforma que adopta las disposiciones establecidas en las convenciones internacionales se refiere a la regulación de las relaciones filiales, o sea, las relaciones de los niños con sus padres y de todos los integrantes del grupo familiar. Los artículos 18 y 5 de la CDN si bien reconocen el derecho y la responsabilidad de los padres a la crianza y educación de sus hijos, a su vez estatuyen el derecho de los niños a ejercer sus derechos por sí mismos, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades. En el artículo 18 de

la CDN se reconoce como incumbencia de los padres la responsabilidad de la crianza y desarrollo de sus hijos. Del mismo artículo también surge la necesidad de que el Estado apoye a los padres en el rol que deben cumplir.

El niño no es un ciudadano futuro sino un ciudadano en plenitud en cada momento de su existencia. La CDN desde el momento de su incorporación a nuestro plexo normativo, encontró graves obstáculos para ser empoderada por determinados sectores de la sociedad y por individuos en particular. Evidencia de tal circunstancia fueron la resistencia a derogar la ley 10903 de Patronato, evento que recién se produjo en el año 2005 con la promulgación de la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que operativiza e inclusive sistematiza y desarrolla aún más los derechos de los niños estatuidos por la CDN.

La existencia de un Código Civil obsoleto, a pesar de las reformas que introdujeron las leyes 23264 y 23515, produjo un desfasaje ya que no se articulaba debidamente con las normas constitucionales. Se suscitaban así, interpretaciones diversas, la mayoría de ellas desconociendo los derechos humanos en estudio.

1. Capacidad progresiva

La aprobación de la CDN constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez en tanto inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”.

Aquello que caracteriza a este nuevo modelo y que indudablemente lo muestra como un punto de inflexión en la historia jurídica de la niñez es la concepción del niño como “sujeto” titular de los mismos derechos de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo. Así, la CDN deja atrás la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y, ante ello, “objeto” de protección y de representación por parte de sus progenitores y el Estado.

En el ámbito de la familia, el paradigma de la protección integral propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno-filial de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de represión y control ilimitados por parte de sus padres. Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

En la República Argentina, al referirnos a esta temática debemos considerar un marco normativo integrado por la CDN, que desde 1994 conforma

el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), la Ley de Infancia 26061 y el Código Civil. Si nos atenemos a la letra del Código Civil vigente, la capacidad progresiva como la entendemos hoy de acuerdo a la normativa constitucional no está contemplada.

Es por ello que el Proyecto ha receptado la doctrina de la capacidad progresiva. En principio, se recepta la modificación de la ley 26579 que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2009, que modificó la edad en la que se alcanza la mayoría, estableciéndola en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 del Proyecto). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente (personas entre 13 y 18 años).³⁰ El proyecto permite al menor de edad ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez, y por supuesto recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona.

2. Competencia médica

Capítulo aparte merece la recepción del Proyecto sobre la doctrina de competencia médica. Debemos tener bien claro que existe una diferencia fundamental entre capacidad civil y el concepto de competencia bioética o médica. La capacidad civil se adquiere al cumplir la mayoría de edad. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado de la vida sino que se va desarrollando y evoluciona con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez.

Se trata de un concepto que pertenece al área de los derechos personalísimos que se ejercen a medida que se va adquiriendo la capacidad necesaria para hacer efectivos derechos como la salud y la vida. En este Proyecto, para evitar interpretaciones divergentes respecto de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para situaciones determinadas, se establecieron edades específicas, en las cuales nadie puede negarles el ejercicio del derecho personalísimo que es el cuidado de su propio cuerpo.³¹

Es así que establece que entre los 13 y los 16 años, el menor adolescente se presume tiene aptitud para decidir respecto de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su salud o integridad física. En tales casos, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus padres o representantes legales. Y a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es que “el derecho de las niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo, puede ubicarse dentro de los derechos de la persona vinculados a su dignidad, los denominados personalísimos, o sea, aquellos en los cuales se restringe la posibilidad de su ejercicio mediante representación”.³² Se garantiza así el ejercicio de manera autónoma de un derecho personalísimo.

3. La responsabilidad parental

El proyecto introduce grandes modificaciones en este tema. Se consideró

imprescindible reemplazar la expresión “patria potestad” por ser contraria totalmente a la esencia de una familia democrática. “Patria potestad” ha sido pensada para un modelo de familia piramidal donde el niño es un sujeto sometido al poder de sus padres, siendo su opinión despreciada. Se modifica totalmente el concepto y se asume el de “responsabilidad parental”, que traduce la esencia de función y de acompañamiento que significa para este proyecto la relación de padres e hijos.

Los principios rectores, denominados “principios generales”, ordenan la responsabilidad parental. Ellos son: el interés superior del niño y la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y la regla de que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Cuando se trata del interés superior del niño, deberá recordarse que éste no es un concepto deletéreo, ni un espacio vacío, cuyo contenido puede completarse con cualquier subjetividad. Cuando hablamos del interés superior del niño debemos tener presente la doctrina y legislaciones que concretizan este concepto, tales como la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el artículo 3 de la ley 26061, para lograr el pleno goce y efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

“Es posible señalar que la disposición del artículo 3° de la Convención

constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquéllas que promueven y protejan sus derechos y no las que los conculquen.”³³

El inciso b) del mismo artículo 3° de la ley 26061 se refiere a la autonomía progresiva, que se describe como la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores de los derechos de los hijos, coherentemente con lo establecido en los artículos 5 y 18 de la CDN, que establecen que el ejercicio de la responsabilidad parental debe tener en cuenta, en relación a los hijos, la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que se le reconocen, y pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad, educado en el espíritu proclamado en el de la Carta de las Naciones Unidas, conforme se cita en el preámbulo de la CDN.

También en la ley 26061 deben tenerse en cuenta en relación a esta temática sus artículos 19 y 27, en cuanto

al derecho de niños, niñas y adolescentes, a participar de aquellas decisiones que le competen.

El derecho del niño a ser oído debe interpretarse, desarrollarse y articularse con el derecho a la participación. Es el derecho del niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma desde la esfera intelectual y moral, o sea, en todo su desarrollo. El derecho del niño a ser oído (artículo 12 CDN) contiene un principio de reciprocidad, al derecho a expresarse le corresponde el deber de los adultos a escuchar. Este deber no puede ni debe limitarse al solo otorgamiento de la palabra al niño. Se requiere una actuación activa entre adultos e infantes, lo que supone participación de ambos. Se ha dicho que “sólo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero éste es también el camino hacia el futuro de la democracia.”²³⁴

Estos principios adquieren fuerza y presencia en el Proyecto, por ejemplo en el artículo 645, en relación a los actos que requieren consentimiento de ambos progenitores, es necesario también el del hijo adolescente. También, dentro de los deberes de los progenitores, el artículo 646 enumera: inc. c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos, d) prestar orientación y dirección

al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos, entre otros.

Ejercicio de la responsabilidad parental por parte de padres adolescentes. El acceso a la salud

Una de las innovaciones fundamentales a destacar es la de la responsabilidad parental de los padres adolescentes, quienes hasta ahora y en la actualidad no detentan el ejercicio de la hoy denominada patria potestad, si no están casados. La discriminación de esta norma es tan flagrante que considera que la existencia o no del matrimonio acredita capacidad para asumir las responsabilidades que devienen de la maternidad/paternidad. Esta situación ha causado graves perjuicios, como es habitual a los sectores más excluidos de nuestra población. Por ejemplo, no permitiendo el acceso a la salud de los niños cuando el servicio es requerido por madres o padres menores de edad, o la negativa de otras prestaciones a progenitores menores de edad, tales como procuración de vivienda. Si bien haber fijado la edad de 18 años como mayoría de edad ha posibilitado a un sector de esta población resolver estas cuestiones, todavía existe un gran sector de niñas, niños y adolescentes que se ven impedidos de cuidar debidamente a sus hijos.

El artículo 644 del Proyecto elimina el requisito de matrimonio y establece que los progenitores adolescentes estén o no casados ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, señalando que aquéllos que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente

pueden oponerse cuando los actos de éste sean perjudiciales para el niño, como así también pueden intervenir si se omite realizar las acciones para preservar su desarrollo. También se destaca que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

V. Conclusión

Se ha intentado dar una visión de las instituciones del derecho de familia que se ven afectadas por cuestiones bioéticas, y cuya reforma nos parece más trascendente. Consideramos que el Proyecto, en materia de derecho de familia, cumple acabadamente con los principios enunciados en los fundamentos.

La incorporación al mundo del derecho, y por ende la salida del no-derecho,³⁵ de los distintos tipos de familias (ensambladas, hetero u homoparentales, matrimoniales, convivenciales, etc.), supone la recepción del multiculturalismo, así como el pleno reconocimiento a las distintas identidades sexuales.

La consideración del menor como sujeto de derechos en los términos de la Convención de los Derechos del Niño se encuentra presente en todo el articulado referido a responsabilidad parental, filiación y competencia médica.

Se busca dotar a quienes conforman un grupo familiar de los mejores insti-

tutos y derechos, así como obligaciones, que organicen y les faciliten un vivir armónico, pleno de respeto de los derechos del otro.

La inclusión social que significa la incorporación a la esfera de lo jurídico de personas que hasta ahora no gozaban de igualdad de derechos o no contaban con las debidas regulaciones es un paso más hacia la igualdad real y la dignidad de todas las personas.

A modo de cierre, sostenemos que el presente Proyecto, respecto de las instituciones brevemente analizadas en este trabajo, representa un verdadero avance en la historia de nuestro derecho de fondo, en tanto, como ha sido sostenido, incorpora expresamente la doctrina de universalización de los derechos humanos.

El gran objeto de los Estados es, o debería ser, garantizar derechos a todos sus habitantes, no restringirlos. Las legislaciones deben reconocer y garantizar la mayor cantidad de derechos, respetando estos principios universales de igualdad, libertad, no-discriminación y solidaridad. Deben asegurar la felicidad del pueblo al que rigen, en tanto la felicidad también es un derecho. Se ha dicho que la libertad es un impulso que no garantiza la felicidad humana, pero asegura la condición de un mundo en donde a nadie se le estafe la oportunidad y la ocasión de ser feliz.

Como antes explicamos, el principio de autonomía necesita de la libertad para existir, porque sin libertad, la igualdad es una caricatura y la vida no tiene sentido. El límite a nuestra libertad entonces lo marcará el principio de no dañar a otro. Pero, por sobre todo,

debemos desarrollar el principio de solidaridad porque éste es el mejor componente de la condición humana. La solidaridad nos hace asumir a los otros como semejantes y a todos como nosotros mismos. ■

Notas y referencias bibliográficas

¹ El término “constitucionalización” del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en Kemelmajer de Carlucci A. *Derechos humanos y familia*, en André-Jean Arnaud et al. *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, 60. En cambio, en el de “humanización” se enrola Germán Bidart Campos en Bidart Campos G. *Familia y derechos humanos*, en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*. Buenos Aires: Ediar, 1999, 85 y ss, y el de “universalización” es utilizado por Nelly Minyersky en Minyersky N. *Derecho de familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres*, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.). *Derechos Universales. Realidades Particulares*. Buenos Aires: UNICEF, 2003, 98 y 99.

² Por ejemplo: la Corte Suprema de Justicia en el año 1930 en el caso Lanteri denegó el derecho al voto de las mujeres considerando que no se violaba el derecho de igualdad ya que ninguna mujer podía votar. En la historia dolorosa de nuestra humanidad situaciones similares se produjeron negándose a negros y judíos la posibilidad de contraer matrimonio, de trasladarse o ejercer determinado empleo.

³ Véase Russo E.A. *Derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Eudeba, 2001; e *Identidad y diferencia (reflexiones en torno a la libertad y la igualdad)*, *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico* 2003; XXXVIII: 127 a 135.

⁴ Claramente ha sido expresado en el fallo Freyre. “Que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: ‘igualdad entre iguales’. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, orientación o identidad sexual”. Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 15 del Gobierno de la CABA, Sentencia de primera instancia del 10 de noviembre de 2009, *Freyre Alejandro c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*, Expte: 34292.

⁵ Véase Hofft P. *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires: Editorial De palma, 1999, 7 y ss.

⁶ Díez-Picazo L. *Familia y derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1984, 30.

⁷ Bustamante Alsina J. *Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho*. La Ley, 1996-C, Sec. Doctrina: 1017.

⁸ Art. 19 Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.”

⁹ En adelante, TRHA.

¹⁰ Para una mayor exposición, véase Minyersky N. y Flah L.R. El embrión, el feto y la vida humana, *Revista La Ley* 2011, 1-6.

¹¹ Firmenich B.M. Estatuto ontológico del embrión. La clonación terapéutica. Disponible en: http://www.bioingenieria.edu.ar/academica/catedras/legislacion/Fer_Assist_Firmenich.doc

¹² González Valenzuela J. *Genoma humano y dignidad humana*. Barcelona: Anthropos, 2005, 153.

¹³ Bergel S.D. Células madre y libertad de investigación. Disponible en: revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/76/80 (consultado el 27/9/12).

¹⁴ Minyersky y Flah, op.cit. En el mismo sentido, véase Bergel S.D. El proyectado artículo 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana, *La Ley* 2012.

¹⁵ Estas consideraciones han sido tomadas de la propuesta de modificación al artículo 19 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, por el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, Ministerio de Ciencias, Tecnología e Innovación Productiva, Presidencia de la Nación.

¹⁶ Esta misma ficción jurídica reaparece en el artículo 21 del Proyecto, que establece: “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

¹⁷ Orgaz A. *Personas individuales*. Ed. De palma, 1946, 34.

¹⁸ Marí E. *La teoría de las ficciones*. Buenos Aires: Eudeba, 2002, capítulo XII.

¹⁹ Méndez Costa M.J., D’Antonio D.H. *Derecho de familia*, t. III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, 9.

²⁰ En adelante, TRHA.

²¹ Véase Mizrahi M.L. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea, 2004, 5.

²² Ley 26618 de Matrimonio Civil, sancionada el 15 de julio de 2010.

²³ En adelante CDN. En Argentina la CDN –que fue ratificada por ley 23.849– goza de jerarquía constitucional desde 1994 (conf. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992.

²⁴ En adelante, CEDAW (por sus siglas en inglés: Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women). También goza de jerarquía constitucional desde 1994 (conf. art. 75, inc. 22, CN).

²⁵ Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005.

²⁶ Lledó Yagüe F. *Fecundación artificial y derecho*. Madrid: Tecnos, 1988, 53.

²⁷ Roca Trias E. *La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccionales*. Madrid: Trivium, 1988, 43.

²⁸ Baratta A. Infancia y democracia, en E. García Méndez y M. Beloff (comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998, 39.

²⁹ Cillero Bruñol M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en E. García Méndez y M. Beloff, op.cit. 77.

³⁰ Artículo 25 del Proyecto: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió TRECE (13) años”.

³¹ Artículo 26 del Proyecto “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de

intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

³² Rodríguez Palomo C. *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*. Madrid: Universidad Complutense, 2004, 12-

³³ Cilliero Bruñol, op.cit., 78.

³⁴ Baratta, op.cit., 54.

³⁵ Díez-Picazo, op.cit., 20 y ss.