



Algunos comentarios sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

Adriana Alfano

El Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación reemplaza el concepto de persona física por el de persona humana, e imprime de este modo un giro sustancial en la base donde se apoyan los principios constitucionales clásicos, dando cabida a una fuerte presencia de los derechos humanos. Autonomía, pluralismo y solidaridad son los modos en que se leen en clave actual libertad, igualdad y fraternidad.

Por tratarse de cuestiones que llaman claramente a la interrogación ética, destacaremos algunas de las modificaciones que se introducen en relación con la filiación. Una de las principales novedades en este campo es que se toman en cuenta los avances científicos producidos en la reproducción humana asistida en general, y en particular se regula la utilización de material genético de un tercero en los casos de matrimonio igualitario.

De esta manera, se da paso a un viraje que va del concepto de familia al de “familias”, ya que, entre otros aspectos contemplados en la reforma, se entiende que no puede haber diferencias en cuanto al derecho a beneficiarse de los avances de la ciencia.

Las fuentes de la filiación son ahora para el campo jurídico no sólo la biológica y la adoptiva sino también las tecnologías de reproducción asistida. Si bien no se incluyen cambios en cuanto al comienzo de la existencia -porque continúa sosteniéndose en la concepción en el seno materno-, se prevé la redacción de una ley especial para la protección del embrión no implantado, al que se considera que no es persona pero al que se le otorgará una naturaleza jurídica propia.

En consonancia con las modificaciones que devienen de la implementación de las tecnologías de reproducción, se impone la presunción de filiación respecto del cónyuge con independencia de que se trate de una unión hetero u homosexual, ya que la presunción no se plasma en función de lo biológico sino del proyecto en común, y por lo tanto se contempla de este modo la co-paternidad y la co-maternidad.

Queda establecido que el donante de semen no es padre. La información no identificatoria del mismo puede ser brindada por el centro de fertilización, pero a la información identificatoria sólo puede accederse por medio de un juez. El padre desde el punto de vista jurídico es quien prestó el consentimiento para la donación de semen, en tanto es quien expresa su voluntad procreacional. Se determina entonces que, si prestó consentimiento, no podrá argumentar ulteriormente que el ADN sea negativo con el fin de desligarse de su responsabilidad parental.

El anteproyecto incorpora también la regulación de la gestación por sustitución, que es la única modalidad que requiere un proceso judicial. Se permite acceder a ella si se cumplen una serie de requisitos, entre los cuales están: los miembros de la pareja que solicita este procedimiento deben



tener imposibilidad de concebir, uno de ellos debe aportar sus gametos, la gestante debe tener plena capacidad, no puede hacerlo más de dos veces, debe haber dado a luz un hijo antes y el embrión no debe tener material genético proveniente de ella.

En relación con la autonomía, el anteproyecto la contempla tanto desde el punto de vista de la persona como de las relaciones de familia.

En lo concerniente a la persona menor de edad, se aplica el principio de autonomía progresiva. Se considera adolescencia al período entre los 13 y los 16 años. En esta franja se presume aptitud para decidir por sí sobre intervenciones o tratamientos médicos no invasivos (por ejemplo, solicitar el análisis de VIH). Para tratamientos invasivos, el adolescente debe prestar consentimiento con asistencia de sus padres. Se trata en estos casos de un consentimiento compartido, pero si se produce un conflicto, debe resolverse teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño.

A partir de los 16 años, el joven es considerado como un adulto para los actos de cuidado del propio cuerpo y para los actos médicos en general (incluirla, por ejemplo, la solicitud de abortos que no requieren judicialización). Esta aptitud que se otorga a partir de la edad mencionada, lleva implícito que debe ser acompañada por el secreto médico.

Ante un conflicto de intereses con sus representantes legales (padres, tutores), el niño o el adolescente puede intervenir en la resolución del conflicto con la asistencia de un abogado.

Uno de los derechos del niño ya acreditados en la Convención de los Derechos del Niño (integrada en el artículo 75 de la Constitución de la Nación) es el de ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. El artículo 12 de la citada Convención dice: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.". Se desprende de aquí que se trata de dos derechos: en principio, a ser oído, y además, a que su opinión sea tenida en cuenta.

Ahora bien, debe observarse que la noción de edad y grado de madurez suficiente son conceptos jurídicos indeterminados, y por lo tanto la norma tiende a establecer flexibilidades. En ese sentido, queda planteada la siguiente proporción: a mayor autonomía, disminuye la representación de los padres. A nuestro criterio, y siguiendo el de algunos especialistas en derecho de familia, resultaría conveniente considerar el grado de madurez a partir del tipo o contenido del acto que el niño o joven lleven a cabo.

En igual sentido, y contemplando el principio de no discriminación, no se habla de incapacidad sino que la regla es ahora la capacidad y, necesariamente también, sus restricciones. Las personas restringidas en su capacidad no siempre deben contar con un representante sino que pueden contar con otras personas que los asistan. El representante queda restringido para aquellos casos donde la



persona no tiene posibilidad de expresar su voluntad, y en tales circunstancias lo determina el juez y los equipos disciplinarios.

En lo que respecta a la responsabilidad parental, el anteproyecto la hace concernir al derecho-deber para cumplir la función. De aquí se desprenden algunas modificaciones que tienen fuerte incidencia en las relaciones entre padres e hijos, dentro y fuera del matrimonio, en los divorcios y en las nuevas o posteriores uniones.

Se deja de lado la palabra “tenencia” de los hijos y queda reemplazada por “cuidado personal”, en referencia a los deberes vinculados a la vida cotidiana de los mismos. Asimismo se habilita la delegación del cuidado cuando los padres no pueden hacerse cargo.

A la esposa del padre y al marido de la madre se los denomina “padres afines”, a partir del parentesco creado por afinidad y no por consanguinidad. Aunque la unión convivencial no da lugar al parentesco. La norma avanza también en relación con el deber alimentario extendiéndolo al hijo del cónyuge, deber que cesa con la ruptura de la convivencia o el divorcio, previo establecimiento de una cuota asistencial transitoria fijada por el juez.

La obligación de prestar alimentos se extiende hasta los 21 años del hijo, salvo que pueda proveérselos por sí mismo. En caso de conflicto, la carga de la prueba la tiene el padre obligado.

También se deja de lado el concepto de régimen de visitas posteriores a la separación o el divorcio, y se reemplaza por el derecho y deber de “comunicación”, con la aclaración que no sólo tiene derecho aquel sobre el que recae el deber alimentario sino también quien tiene con el niño una relación de afecto.

Estos y otros derechos y deberes tienen que ser contemplados dentro de un plan de parentalidad.

En el caso de padres adolescentes que no contrajeron matrimonio, ya no tendrán la patria potestad sus propios padres sino que se les otorga a ellos mismos la responsabilidad parental de sus hijos.

En cuanto a la adopción, se introduce el concepto que la define como la institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños y niñas a vivir y desarrollarse en una familia, cuando se han agotado las posibilidades de permanecer en la familia de origen. Para evaluar y resolver este último aspecto se establecen plazos, y los órganos administrativos son los que dictaminan –aunque no de manera vinculante- la situación de adoptabilidad.

Esta forma de alcanzar la maternidad/paternidad por medio de la adopción, quedaría agregada en el Código Civil y ya no redactada en una ley especial.

En aplicación del principio de no discriminación, la adopción puede ser hecha por una persona sola o por un matrimonio, sea este hetero u homosexual.

A partir de los 10 años es obligatorio que el niño preste su consentimiento para ser adoptado y para que la adopción sea hecha por la familia seleccionada, que deberá estar inscripta previamente en el registro de postulantes. Queda prohibida la entrega directa de un niño por fuera de la vía judicial.



En la actualidad, el régimen de la adopción plena corta todos los vínculos con la familia de origen, y en la adopción simple el lazo de parentesco que se crea es sólo entre padres e hijos. En el anteproyecto se contemplan ampliaciones sustanciales, ya que en la adopción plena se podrán conservar vínculos con la familia de origen, y en la simple se podrán crear otros parentescos.

Se incorpora también el derecho del adoptado a acceder a la información sobre el origen en cualquier momento, reemplazando la norma aún vigente que plantea expresamente que el adoptado podrá acceder al expediente de su adopción a partir de los dieciocho años. En el presente, si bien no se impide el acceso a la información antes de esa edad, se solicita que el joven concurra a demandar tal información acompañado por un adulto responsable.

A partir de estas nuevas legalidades, quedará pendiente el desafío de interrogar en cada caso los caminos del deseo –imposibles de legislar–, y desechar el amparo que puede ofrecer la aplicación generalizada de la regulación jurídica.