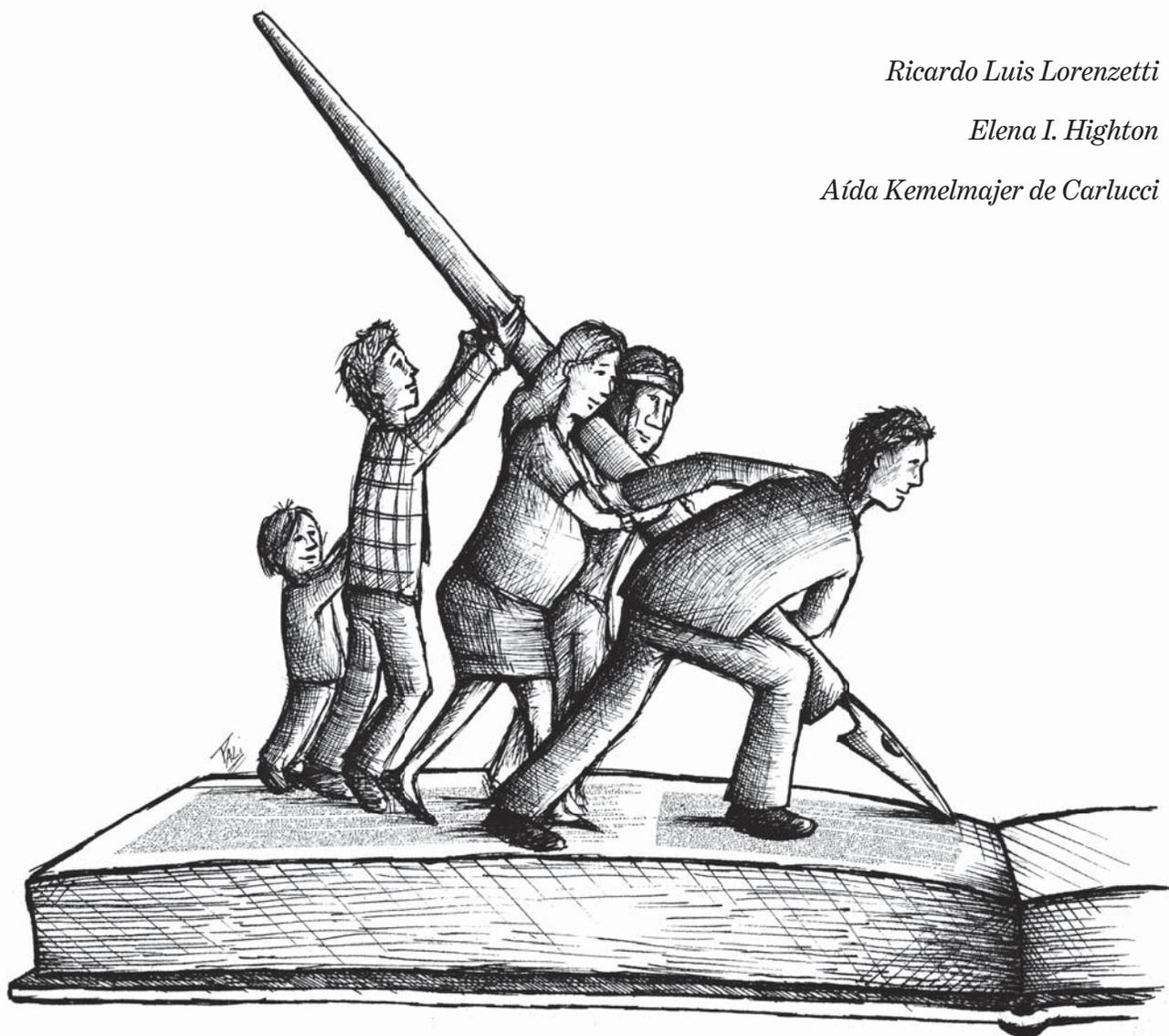


La vigencia de un nuevo Código

Ricardo Luis Lorenzetti

Elena I. Highton

Aída Kemelmajer de Carlucci



DOCTRINA. Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación <i>Ricardo Luis Lorenzetti</i>	2
---	---

Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación <i>Elena I. Highton</i>	5
--	---

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina <i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	11
---	----

Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación

Ricardo Luis Lorenzetti

SUMARIO: I. La codificación en el siglo XXI. — II. El proceso de sanción del Código (ley 26.994). — III. Conducir la diversidad. — IV. Marcos teóricos. — V. Visión de estado. — VI. Código y proceso de implementación. — VII. Código de valores. — VIII. Código y Estado de derecho. — IX. Código con identidad cultural latinoamericana.

➔ En la redacción de un Código del siglo XXI es necesario tener en cuenta el distingo entre la ley y su implementación. El Código del siglo XIX era una elaboración del legislador que establecía un sistema de reglas coherentes en forma previa a su aplicación y, por ello, el juez era sólo la voz de esa ley. El siglo XX demostró que ese método no resiste la aceleración de los tiempos, el cambio social, tecnológico y económico, produciendo un verdadero “big bang” legislativo; la solución de los conflictos se traslada a las leyes especiales que son más actuales. Esa proliferación de leyes produce un proceso de descodificación, y hace que la solución de un caso sea un problema que involucra poner de acuerdo a leyes que se superponen o a veces se contradicen. La coherencia es *a posteriori* no legislativa, sino judicial. En este contexto el Código no puede ser rígido, porque no resistirá las mudanzas de los tiempos que vienen.

He comenzado este artículo escribiendo el título con detenimiento, para poder tener conciencia de un momento histórico. Aunque la trascendencia tolera también las discusiones subalternas, no debiéramos perder de vista que estamos escribiendo el futuro.

Creo que es importante señalar, como lo he escrito en un artículo anterior, que estamos en presencia de un producto académico, es decir, basado en nuestra doctrina y jurisprudencia, razón por la cual no causará asombro ni se producirán vacíos ni habrá momentos apocalípticos. La enorme mayoría de las reglas, concebidas como conceptos jurídicos determinados, son conocidas, han sido tratadas en congresos científicos, en libros, en los fallos.

El gran cambio reside en la mudanza de los grandes paradigmas, es decir,

en el modo en que están organizadas las reglas. Es natural que, al principio, uno pueda interpretar un artículo conforme al contexto del Código anterior, pero, poco a poco, esos mismos textos tendrán otra luminosidad. Es como el ejemplo de la Catedral de Rouen; la misma catedral tiene distintas visiones según la luz que la ilumina. (1)

El verdadero cambio de este Código es cultural y paradigmático.

También es importante tener en cuenta que la codificación del siglo XXI no puede ser igual a la del siglo XIX.

Sobre este último aspecto, haremos algunas referencias.

I. La codificación en el siglo XXI

El Código Civil argentino, que redactó Dalmacio Vélez Sarsfield, fue tratado a libro cerrado, en un proceso que comenzó con el envío por parte del Ejecutivo el 25 de agosto de 1869 y, luego de pasar por ambas Cámaras, se promulgó el 29 de setiembre del mismo año. Es decir, apenas un poco más de un mes.

Los pasos fueron los siguientes:

El Poder Ejecutivo envió el proyecto el 25 de agosto de 1869. La Cámara de Diputados aprobó el proyecto el 22 de setiembre de 1869, luego de que fueran rechazadas diferentes propuestas de aplazamiento y objeciones al tratamiento a libro cerrado. El proyecto de ley pasó a la Cámara de Senadores, donde fue sancionada el 15 de setiembre. Fue promulgado el 25 de ese mismo mes.

Es decir que se trató en un tiempo brevísimo y a libro cerrado. (2)

La segunda gran reforma que tuvo el código fue la ley 17.711, en el año 1968, elaborada por el Dr. Borda, la que, al ser tratada durante un gobierno militar, prescindió de todo tipo de debate democrático.

Luego de la sanción del Código existieron numerosos proyectos (3), sin que se lograra su sanción.

II. El proceso de sanción del Código (ley 26.994)

La reforma del Código Civil de Vélez, producida por la ley 17.711 (1968), renovó la doctrina nacional, que inició una serie de

debates expresados en congresos y libros y una creativa corriente jurisprudencial a partir de 1970. Esos grandes juristas fueron nuestros maestros y arribaron a la conclusión de que había que hacer un nuevo Código Civil y Comercial, tarea que comenzó fuertemente a partir del renacimiento de la democracia en los años ochenta.

Esa corriente comenzó con el proyecto de reformas de 1987, que fue aprobado en ambas cámaras legislativas y posteriormente vetado por el presidente. Luego hubo dos proyectos más en las distintas Cámaras del Congreso y finalmente otro más que fue presentado en 1998, y que motivó una gran división en la doctrina nacional, quedando finalmente sin estado parlamentario. Fueron años de frustraciones, en las que se priorizaron las divisiones, los celos, las envidias, los personalismos, los intereses económicos, políticos o sociales de determinados grupos, todo lo cual impidió la concreción de una obra colectiva.

En el presente milenio y luego de esos intentos, hubo mucho escepticismo y la tarea parecía abandonada.

La generación siguiente, que integramos, consideró que era nuestro deber terminar con esos fracasos, demostrar que se podía lograr algo tan difícil y, sobre todo, poder brindar un beneficio a la población argentina.

Por eso comenzamos con la idea de promover la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial el 20 de mayo de 2005. Recuerdo que comenzamos intentando convencer al Ministro de Justicia, quien elaboró un proyecto de comisión redactora, programó un acto de presentación y el día en que se iba a realizar, se suspendió por decisión de la presidenta, invocando otros temas de agenda. Mal comienzo.

Volvimos a insistir en el Poder Ejecutivo todos los años, hasta que se logró que la Presidenta firmara el decreto 191 del 23 de febrero de 2011, creando una comisión redactora. En aquel momento no había demasiada confianza en el resultado final y por eso se aceptaron todas las sugerencias que hicimos en base a la experiencia que se había vivido. Un decreto presidencial era necesario, porque implicaba la decisión de un poder del Estado, superando así las debilidades que habían demostrado las comisiones creadas por decisión del Ministerio de Justicia o de ámbitos parlamentarios (4).

La comisión debía ser pequeña para garantizar la efectividad, porque en las grandes comisiones anteriores existieron numerosos problemas de funcionamiento y de divisiones internas. También era conveniente un plazo breve para trabajar, porque, de lo contrario, todo se diluye en el tiempo. Por eso hubo un decreto presidencial, creando una comisión de tres miembros para trabajar en un año.

Convocamos a la primera reunión en el mes de marzo de 2011 y, con mis queridas amigas y colegas, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, comenzamos a trabajar.

La primera propuesta fue hacer una planificación teniendo en cuenta las causas del fracaso de los anteriores intentos, lo cual fue aceptado de buen grado, porque los tres habíamos conocido esas experiencias.

Uno de los problemas era evitar que cada individuo o grupo hiciera una parte del anteproyecto, sin conocer el resto o sin leerlo completamente, lo que, lamentablemente, había ocurrido. Por eso decidimos trabajar los tres en todo el texto, leerlo una y otra vez antes de presentarlo y designar un secretario que nos ayudara en la tarea de coherencia, para lo cual propusimos a Federico de Lorenzo, quien fuera inmediatamente aceptado y resultó un gran colaborador.

Un segundo problema era la relación con el mundo académico. En los antecedentes anteriores, se había trabajado silenciosamente, para luego presentar el trabajo a la comunidad, lo cual había generado reacciones diversas, generalmente conflictivas, porque quienes no habían participado se sentían en la obligación de oponerse. Por esta razón sugerimos un método distinto, que consistía en invitar a todos los profesores para que enviaran propuestas. Formamos grupos por áreas temáticas; y así surgieron los equipos de responsabilidad civil, obligaciones, reales, contratos, etc.

En los primeros meses había un gran pesimismo, porque todos, incluyendo la propia comisión redactora, pensaron, con bastante fundamento, que era otro trabajo destinado a seguir el mismo camino de la nada. Para superar este estado de ánimo, comenzamos a fijar fechas de reuniones y a enviarles propuestas a todos los equipos, y de esta manera se vieron incentivados a analizarlas y responder, y así se inició una

[NOTAS]

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El ejemplo surge del cuadro *La catedral de Rouen*, de Claude Monet, 1891. La catedral fue pintada en distintas horas del día; la catedral es la misma, pero la luz la hace distinta. Este ejemplo fue utilizado por CALABRESSI, Guido, en su artículo “Property rules, Liability rules and Inalienability. One view of

the cathedral”, publicado en Harvard Law Review, Vol. 85, p. 1089.

(2) Los fundamentos para dar este tratamiento fueron sostenidos por el presidente Sarmiento, por Nicolás Avellaneda, por Bartolomé Mitre y el propio Vélez Sarsfield. La tesis del tratamiento a libro cerrado fue compartida por la mayoría de los juristas argentinos.

(3) El de 1936 preparado por Juan Antonio Bibilioni; el de 1954, redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías. El de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación (año 1987). El de la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993. El preparado por la Comisión

creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92. El proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95.

(4) Las comisiones de este tipo están muy ligadas a duración del ministro o del grupo parlamentario, y cuando éstos cambian, pueden caer en el olvido.

dinámica creciente y cada vez más interactiva.

También se hizo una convocatoria pública para que todos los interesados que quisieran hacer aportes, los enviaran a un mail fijado por la comisión.

Como todas las actividades de este tipo, comenzaron muy lentamente, y fue un gran esfuerzo convencer a todos de que el proyecto podría tener un resultado satisfactorio.

Para evitar distorsiones propusimos trabajar sobre la base del proyecto de Código Civil de 1998, que todos conocían y que debían tomar como modelo de referencia.

En el mes de julio ya estábamos los tres trabajando intensamente, porque habíamos logrado entusiasmarlos. Comenzamos revisando el proyecto de 1998, pero al poco la tarea se hizo difícil y hubo que recomenzar el trabajo desde el principio, quedando dicho texto como referencia, pero no como única base a la que había que actualizar. La principal razón es que ese proyecto no había tenido en cuenta la reforma constitucional de 1994, porque, al momento de su redacción, todavía no se había producido el enorme caudal interpretativo de los tratados de derechos humanos que aportó la doctrina y jurisprudencia. En materia de derecho de familia, el proyecto no había incorporado ninguna de las nuevas modalidades que, para nosotros, eran imprescindibles. También existieron otras razones, como el lenguaje, ya que ese proyecto era de difícil lectura por las remisiones constantes y la indeterminación de muchas de sus normas.

Era necesario constitucionalizar el derecho privado y por ello nos pareció relevante redactar un título preliminar, que fuera el nexo entre la constitución y el derecho privado. Luego de buscar modelos en el derecho comparado, sin encontrar ninguno que se adaptara a lo que queríamos, decidimos redactarlo. Este proceso fue muy común en casi todas las áreas.

Para acelerar los tiempos, decidimos comenzar con la redacción de cada parte, enviar los textos a los equipos de trabajo, y recibir las observaciones en un intercambio que resultó muy fructífero.

La organización de la labor de los tres miembros de la comisión fue otro tema difícil, ya que todos estábamos muy ocupados, y no era sencillo conciliar lugares ni horarios. Por eso recurrimos a un método curioso, pero que dio mucho resultado. Preparábamos un texto, sea el título introductorio, luego personas, hechos y actos, y así sucesivamente y lo enviábamos por mail. Cada uno utilizaba un color distinto para identificarse y lo enviaba a Federico de Lorenzo. De ese modo logramos un trabajo continuo, de veinticuatro horas, sin importar el lugar donde estaba cada uno ni el horario en que lo hacía.

Para fin de año ya teníamos redactada una buena parte, pero había que terminar. Trabajamos en diciembre y enero, pensando que no íbamos a llegar. Hubo

propuestas de postergar la entrega y pedir una ampliación del plazo, pero insistimos, porque el cumplimiento del plazo y de los tiempos políticos e institucionales era esencial para lograr el resultado.

Nos pusimos firmes para terminarlo; leímos el anteproyecto varias veces, y redactamos los fundamentos con un esfuerzo personal muy grande.

El 28 de febrero de 2012 presentamos el anteproyecto ante el Poder Ejecutivo, que decidió organizar un acto para recibirlo, que se hizo el 27 de marzo de 2012 en el Museo del Bicentenario, con la presencia de la Presidente de la Nación, de la comisión redactora y de numeroso público.

El 7 de junio de 2012, mediante mensaje 884/12, el Poder Ejecutivo envió el proyecto al Congreso de la Nación. El anteproyecto incluyó algunas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, en temas como la responsabilidad civil del Estado, las obligaciones de dar sumas de dinero, la supresión del derecho al agua potable y otros, que la comisión redactora no compartió. Por esa razón, se hizo una edición del proyecto con las aclaraciones sobre las modificaciones que hiciera el Poder Ejecutivo, en temas específicos, que eran importantes, pero no alteraban la sustancia de nuestro trabajo.

El Congreso de la Nación formó una comisión bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por quince senadores y quince diputados nacionales (Resolución conjunta del 4 de julio de 2012). Los tres miembros de la Comisión Redactora fuimos invitados a explicar los aspectos centrales del proyecto y luego comenzó un debate muy importante. Se hicieron veintiuna audiencias públicas en todas las regiones del país, en las que participaron mil cien personas, quinientas setenta y ocho organizaciones sociales, que presentaron mil ciento setenta peticiones.

Todo ese caudal de proposiciones interesantes fueron debatidas con los miembros de la comisión bicameral y la comisión redactora, con la finalidad de hacer ajustes que fueran receptivos pero que no modificaran la estructura general del anteproyecto.

El 28 de noviembre de 2013, el proyecto fue aprobado en el Senado, y el 1 de octubre de 2014 se aprobó en Diputados. En el ínterin fue aprobada la ley 26.944 de Responsabilidad Civil del Estado, que sacaba la cuestión del Código Civil para tratarla en una ley especial.

El proyecto fue promulgado el 7 de octubre de 2014 bajo la ley 26.994.

El 16 de diciembre de 2014 se dictó la ley 27.077 que dispuso la entrada en vigencia para el 1 de agosto de 2015.

Desde el comienzo del trabajo de la comisión, en febrero de 2011 hasta su promulgación en octubre de 2014 transcurrieron tres años y ocho meses.

Este breve relato, nos permite extraer algunas conclusiones.

III. Conducir la diversidad

Las sociedades actuales son diversas, multiculturales, integradas por ciudadanos activos; y ello requiere una clara conciencia de que la única manera de avanzar en un proyecto codificador, es conduciendo esa diversidad mediante un proceso participativo.

En el siglo XIX era posible que el Presidente de la Nación hiciera una propuesta a una persona que redactara un proyecto y fuera aprobado en el Parlamento de modo inmediato. En el siglo XXI hay que considerar las opiniones de una comunidad académica mucho más amplia, de un Poder Ejecutivo compuesto con ministerios que, a su vez, tienen equipos profesionales que emiten opiniones (5), un Congreso, diverso en su composición, que, a su vez, convoca a asesores en todas las áreas posibles.

En nuestro caso hubo que dar intervención a la comunidad académica, al Poder Ejecutivo, al Congreso, y a la sociedad civil mediante audiencias públicas, todo lo cual exige una gran tarea de armonización de intereses.

Esta labor comienza desde la misma redacción del anteproyecto, donde lo más importante es saber equilibrar distintas posiciones, y sigue luego en los debates parlamentarios y en la sociedad.

Por ello, no hay obra posible si no se aprende a conducir la diversidad (6).

IV. Marcos teóricos

Las discusiones sobre un texto de este tipo suelen ser específicas, es decir, enfocadas en un artículo, en una palabra; y como hay miles de artículos y de palabras, el acuerdo es muy difícil.

Por esta razón es importante suministrar marcos teóricos que engloben las posiciones; y ésa fue una de las razones centrales que posibilitaron el tránsito del anteproyecto hasta su sanción.

Por ejemplo: la discusión sobre aspectos específicos de derecho de familia se facilita, si se acepta la noción de regular la sociedad multicultural antes que proponer un modelo ejemplar y único; el debate en materia contractual se facilita, si se puede discriminar el tipo contractual que atiende los vínculos discrecionales o igualitarios, del modelo protectorio. Así es como se pueden encauzar debates hacia la aceptación de paradigmas generales que son los que explicaremos en este texto.

V. Visión de estado

Los conflictos de intereses se intensifican en la coyuntura y se adelgazan en el mediano plazo; lo que hoy parece relevante se relativiza cuando se considera lo que va a pasar dentro de cien años. Por otro lado, las discusiones tienden a concentrarse en el pasado y no en el futuro.

En casi todos los debates están presentes estas características: enfocarse en la importancia de un tema en el día de hoy y compararlo con lo que fue la solución del Código de Vélez, dada en el siglo XIX.

Nosotros propusimos lo contrario, que es pensar en lo que va a pasar en el futuro. Por ejemplo: la expectativa de vida en el siglo XIX era de 35 a 40 años; en el siglo XXI, va a ser de 75 a 80, en consecuencia es lógico que nos ocupemos de los problemas de la población adulta que no existía con anterioridad.

Esta es la visión que hay que tratar de adoptar en un Código.

Desde la sanción del Código Civil de Vélez, en 1869, pasaron 145 años; hay que pensar en los próximos 145 años.

La dimensión histórica es el único sitio en el que un estadista puede apreciar con cierta altura las pasiones humanas y diseñar estrategias para superarlas en beneficio de la sociedad.

VI. Código y proceso de implementación

En la redacción de un Código del siglo XXI es necesario tener en cuenta el distingo entre la ley y su implementación.

El Código del siglo XIX era una elaboración del legislador que establecía un sistema de reglas coherentes en forma previa a su aplicación, y por ello el juez era sólo la voz de esa ley. El siglo XX demostró que ese método no resiste la aceleración de los tiempos, el cambio social, tecnológico y económico, produciendo un verdadero "big bang" legislativo; la solución de los conflictos se traslada a las leyes especiales que son más actuales. Esa proliferación de leyes produce un proceso de descodificación, y hace que la solución de un caso sea un problema que involucra poner de acuerdo a leyes que se superponen o a veces se contradicen. La coherencia es *a posteriori* no legislativa, sino judicial (7).

En este contexto el Código no puede ser rígido, porque no resistirá las mudanzas de los tiempos que vienen.

La estructura es la de un sistema con la suficiente flexibilidad para la adaptabilidad diacrónica y sincrónica. Por esta razón, hay conceptos jurídicos determinados donde los debe haber por razones de seguridad jurídica, pero hay numerosos principios y valores, que indican orientaciones, guías de conducta, como veremos más adelante.

Ello implica que en el Código hay un espacio importante para el proceso posterior a su sanción, que el proceso de implementación.

La teoría de la implementación (8) se ocupa de tres aspectos integrados.

El cumplimiento voluntario de la norma ("compliance"), que se verifica cuando las conductas humanas se ajustan a los

{ NOTAS }

(5) En materia civil y comercial quieren opinar numerosos equipos técnicos que se sienten involucrados, como en el área del Ministerio de Justicia, en la Inspección de Personas Jurídicas, el Ministerio de Economía, de Salud, de Acción Social, etc.

(6) Sobre este tema hemos escrito en el libro "El Arte de hacer justicia", Ed. Sudamericana, 2014.

(7) Sobre este tema ampliamos en "Las normas fundamentales de derecho privado", Rubinzal y Culzoni, 1995 y en "Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de derecho", Editorial Rubinzal y Culzoni, 2005.

(8) BENJAMIN, Antonio, "A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público", in Antonio Herman V. Benjamin (coordinador), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 360-377. Del mismo autor: "Meio ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem, in An-

tônio Herman Benjamin, *10 Anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*, São Paulo, IMESP, 2002, pp. 89-101; "A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina", in *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 429.

● VIENE DE PÁGINA 3

mandatos, prohibiciones o permisiones que contiene la norma jurídica. Las posibilidades de que las personas respeten la ley se incrementan cuando existe coherencia entre los incentivos económicos o culturales y la legislación. Los valores y los incentivos económicos que promueve el contexto institucional, resultan decisivos para que la ley se cumpla. Si un individuo cree en los valores que la ley respalda, o bien tiene un interés económico en que la ley se aplique, la cumplirá voluntariamente. En gran medida, es un esfuerzo por aportar coherencia entre el mundo legal por un lado y el cultural y el económico por el otro. Por esta razón es que, son importantes los principios y valores.

Cuando las conductas no se ajustan a las normas, surge el cumplimiento forzado (*enforcement*), y para eso existen las reglas como conceptos jurídicos determinados con sanciones.

Finalmente, es importante la disuasión (*deterrence*) que examina las sanciones como un incentivo para las conductas futuras, mientras que el cumplimiento forzado se aplica a quien ya violó la ley. Una sentencia judicial puede fijar una condena, pero al mismo tiempo darle una modalidad que permita prevenir futuras violaciones similares.

Un Código del siglo XXI tiene que tener en cuenta esta teoría de la implementación.

En primer lugar para evitar el derecho declarativo, no aplicado, que genera una distancia entre la norma y su goce efectivo que desprestigia las instituciones. En segundo lugar, para ser perdurable, dada la aceleración de los cambios económicos, sociales, tecnológicos y los tiempos en que aquéllos se producen.

En materia de cumplimiento voluntario hemos incluido una serie de principios y valores, porque los ideales son los que producen emociones que ordenan la vida social. Es evidente que los resultados colectivos que se derivan del cumplimiento voluntario son superiores a los que resultan de la aplicación de la fuerza, en virtud de los enormes costos que demanda un sistema de sanciones administrativas y judiciales.

En el cumplimiento forzado es imprescindible relacionar las reglas con las acciones, como ocurre, por ejemplo con el régimen de los derechos personalísimos (Arts. 51 y cc.) y su vinculación con la tutela preventiva en la responsabilidad civil (Art. 1710 y cc.).

En la disuasión, hemos incluido un importante dispositivo que fue debatido durante el trámite por el Poder Ejecutivo al modificar sustancialmente la función disuasiva de la responsabilidad civil contemplada en el anteproyecto (Arts. 1708, 1714, 1715, Anteproyecto).

VII. Código de valores

El Código se propone regular la vida social y económica mediante reglas precisas, porque ellas brindan certidumbre, disminuyen los costos de transacción y facilitan los acuerdos, pero no son suficientes.

En la codificación del siglo XXI son necesarios los valores y los principios.

Las reglas contienen mandatos, prohibiciones y permisiones, pero lo que ocurre actualmente es que el nivel de información que recibe un individuo es absolutamente excesivo. No sólo por la proliferación de leyes, sino por el modo en que son comunicadas o distorsionadas.

Los diez mandamientos fueron sólo diez.

En la actualidad no hay ninguna ley, por mínima que sea su importancia o por irrelevante que sea el tema, que utilice esta economía. Las legislaturas producen una gran cantidad de leyes anuales, las cuales tienen remisiones, incisos, parágrafos, que dificultan su lectura. A ello cabe agregar las normas internacionales y la producción secundaria que se deriva de las agencias, comités y otros organismos que crean las propias leyes. Hay una dinámica de la creación continua de leyes e instituciones y un subsiguiente deslizamiento jerárquico (9).

Ese volumen no llega al ciudadano en estado puro, sino a través de la comunicación de los diarios, televisión, redes sociales, todo lo cual mejora la recepción, pero dificulta la comprensión.

La consecuencia es la información excesiva.

Cuando el individuo está excesivamente informado, pone barreras, límites, selecciona y se mueve con un número de variables que puede manejar. De este modo, quien actúa en un ámbito jurídico utiliza una mínima parte porción del universo total, ya que la otra le resulta inconsciente al superar la línea de saturación (10).

La solución es simplificar el mensaje e iluminar valores.

La simplificación ha sido uno de los propósitos esenciales de este Código, cuyo lenguaje es absolutamente sencillo. Los artículos están redactados de manera que existe una regla clara y una o dos excepciones. No hay remisiones ni parágrafos, ni cuestiones que no sean comprensibles con una lectura atenta.

Los valores están presentes en todo el Código y en todos los temas, de modo tal que si uno conoce cuál es el principio valorativo, puede entender más claramente las reglas.

Hay numerosos ejemplos. En la persona humana: la capacidad como principio y no la incapacidad; la libertad;

la autonomía; la dignidad. En el consumidor, la ética de los vulnerables. En la regulación comercial, la seguridad jurídica. En la familia, el multiculturalismo.

Los principios y valores, además de su singularidad normativa, sobre la que haremos referencia más adelante, tienen una potencialidad enorme en el campo de la regulación de las conductas. Este aspecto lo ha puesto de relieve la filosofía (11) al indicar que la construcción de emociones colectivas es un modo fundamental en la orientación de conductas colectivas.

VIII. Código y Estado de derecho

El Código del siglo XX debe ser una concretización del Estado de Derecho, como límite y como proyecto constitucional.

En sus orígenes el Estado de derecho fue concebido como un límite al poder, primero del rey, luego del propio Estado a través de pesos y contrapesos. En el siglo XX se agregó la limitación al poder económico y en nuestro siglo, la referencia al poder tecnológico (12).

En el derecho privado debe existir un correlato que ha sido tenido muy en cuenta en el Código.

El límite al poder estatal se encuentra reflejado en numerosas disposiciones relativas a la libertad y la capacidad de las personas, la organización autónoma de la vida familiar o los derechos personalísimos.

El control del poder económico se encuentra contemplado en normas que tutelan la vulnerabilidad del consumidor y el abuso de posición dominante.

La vulnerabilidad frente al poder tecnológico y la vulnerabilidad cognoscitiva, es lo que explica disposiciones de tutela del profano frente al experto; el derecho a la imagen, la regulación de la publicidad inductiva o la contratación en Internet.

El Estado de Derecho también implica la realización del proyecto constitucional mediante normas de buen gobierno.

En el mundo actual ello implica buscar la coherencia entre los sistemas económico, social y ambiental (13).

Este tema es central en la gobernabilidad actual y está presente en el Código de una manera muy clara.

De modo general está regulada la coherencia entre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos (Art. 14).

En cuanto al sistema social, se reconocen los derechos individuales tradicionales, pero también existe un límite fijado por el principio de sociabilidad de los derechos y su control mediante la buena fe (Art. 9) y el abuso de derecho (Art. 10), contemplados en el título introductorio como normas generales (14).

En relación con el sistema económico, existen los derechos contractuales y de propiedad individual, pero también la necesidad de coordinación con el mercado a través del control del abuso de posición dominante (Art. 11) o el fraude a la ley (Art. 12).

En cuanto al sistema ambiental, se reconoce el consumo, pero debe ser sustentable (Art. 1094); se reconoce el dominio, pero no debe afectar la naturaleza (Art. 240).

IX. Código con identidad cultural latinoamericana

En nuestra época existe una fuerte tendencia a introducir criterios internacionales en las normas nacionales, como un efecto claro de la globalización que, en cierta medida es razonable.

Al mismo tiempo, hay, por la misma razón, pueden identificarse dos fenómenos:

El primero es una necesidad de afirmar identidades culturales que ofrezcan cierta resistencia a estas abstracciones

El segundo, la comprensión de que la geopolítica es multilateral; lo que implica diferentes visiones.

En el campo del derecho privado es necesario considerar estos aspectos.

Los criterios internacionales están incorporados, por ejemplo en materia de contratos, parte general, con los principios de *Unidroit*; y numerosos tratados internacionales en el caso de las personas humanas.

Pero también hubo un gran cuidado de fijar la identidad cultural latinoamericana. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios a Europa Italia (1865), Portugal (1867), España (1889), y América (Quebec [1866], Louisiana [1870]), Perú (1852), Chile (1857), Argentina (1871) y Brasil (1917).

Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana, como, por ejemplo, la regulación sobre los pueblos originarios.

La visión latinoamericana sobre la organización de la sociedad está claramente presentada en lo que se ha trabajado en nuestra región, principalmente a través de la idea de un Estado ambiental de derecho, y la coherencia entre los sistemas social, económico y ambiental. ●

Cita on line: AR/DOC/2559/2015

{ NOTAS }

(9) IRTI, Natalino, "La società civile-elementi per un'analisi di diritto privato", Giuffrè, 1992; RIPERT, Georges, en "Crisis del diritto", Padova, 1963, p. 9; DE LOS MOZOS, José Luis, "Derecho Civil-Método, Sistemas y categorías jurídicas", Civitas, 1988.

(10) Ampliamos sobre este tema en "Las normas fundamentales de derecho privado", Rubinzal y Culzoni, 1995.

(11) NUSSBAUM, Martha, "Political emotions. Why love Matters for Justice", Belnak Press, 2013.

(12) Ampliamos sobre este tema en "Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de derecho", Rubinzal y Culzoni, 2005.

(13) Ampliamos en "Teoría del derecho ambiental", La Ley, 2008.

(14) Sobre el principio de sociabilidad de los derechos como orden público de coordinación ampliamos en "Tratado de los contratos. Parte General", Rubinzal y Culzoni, 2004.

Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Elena I. Highton

SUMARIO: I. Vigencia de un nuevo Código.- II. Constitucionalización del derecho privado y situación de la mujer.- III. El trabajo no remunerado.- IV. Regulación del nombre: determina las posibilidades de elegir y cambiar nombres y apellidos.- V. Comienzo de la existencia de las personas.- VI. Reproducción humana asistida.- VII. Final.

➔ El nuevo Código toma muy en cuenta los tratados en general y, en particular, los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

I. Vigencia de un nuevo Código

Ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, me pareció pertinente puntualizar cómo ha cambiado la situación de la mujer en algunos aspectos básicos relativos a su vida privada y desarrollo personal.

Es decir que decidí aprovechar la oportunidad para mostrar que los valores y el estado de derecho que se predicaban existen en la nueva realidad argentina; y que la mujer ha quedado francamente posicionada en el lugar que siempre le ha correspondido.

II. Constitucionalización del derecho privado y situación de la mujer

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre derecho público y privado. El nuevo Código, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general y, en particular, los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción

de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

La anterior visión se sitúa en la perspectiva de la distinción y de la autonomía del derecho público frente al derecho privado, mientras que el fenómeno de la constitucionalización de las ramas del derecho tiende, al contrario, a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado.

Bajo el efecto del advenimiento de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental.

Dentro de la constitucionalización del derecho se enmarcan la aplicación directa e inmediata de la Constitución a las relaciones jurídicas en general, el control de constitucionalidad y la lectura del derecho infraconstitucional a la luz de los principios y reglas constitucionales y convencionales.

Ha sido posible, primero, por el hecho de que la Constitución es considerada cada vez más como una regla de derecho. Las nuevas generaciones conciben mucho más fácilmente que "La Constitución, es derecho"; en Argentina -dado el sistema de control de constitucionalidad difuso- las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares.

Es un Código de la igualdad y por eso se ha reubicado a la mujer. La igualdad de géneros no debe ser formal, sino real.

A tal punto es así, que se incluyen varias normas referidas a la no discriminación por sexo, como los arts. 402, 509, 656, 1808, etc.

Todos los tratados relevantes en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, de acuerdo al art. 75, inc 22 de la Const. Nacional.

Art. 75.- *Corresponde al Congreso...*

22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no*

derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Como se advierte, entre las convenciones incluidas en el espacio constitucional se encuentra la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la cual es superlativa en la materia; aunque, en realidad, casi todas las convenciones, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refieren a la igualdad del hombre y la mujer y a la no discriminación por género o sexo.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos Asamblea General de las Naciones Unidas del año 1948 dispone en su artículo 2 que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 1 denominado *Obligación de Respetar los Derechos* que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Aunque sin jerarquía constitucional, en cuanto a los derechos de las mujeres es sumamente relevante la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer o Convención de Belem do Pará.

Y así sucesivamente, todos los pactos y convenciones internacionales concertados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados contienen cláusulas para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Esta constitucionalización del derecho civil y la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque constitucional tienen fuerte impacto en el derecho de familia.

El Código sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de "democratización

de la familia", de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural; esta opinión se sustenta -entre otras razones- en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina -y en menor medida, en la jurisprudencia- como "familia ensamblada") y las que se basan en el llamado matrimonio igualitario.

Por eso, éste es un Código basado en un paradigma no discriminatorio. La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura, en cuanto a la mujer sola y en cuanto al cuidado de los niños.

Los textos hasta ahora regularon los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad. El Código busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Ahora se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual (como surge de la ley 26.618) y del género (como lo dispone la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Const. Nacional, art. 75, inc. 22).

De lo que se trata es de organizar una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar.

En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fertilización asistida o reproducción médicamente asistida según la ley 26.862 o reproducción humana asistida en la terminología del CCyC. El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo.

● VIENE DE PÁGINA 5

De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual modo que acontezca con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente.

En materia de matrimonio se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial. A su vez, el divorcio se decreta judicialmente y en forma incausada, sea a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Lo relevante es que la petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta reguladora de los efectos derivados de éste.

También se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. No obstante, en la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el Código reconoce efectos jurídicos a la convivencia de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia (Const. Nacional, art 16).

III. El trabajo no remunerado

El trabajo no remunerado es esencial para que cada día se reproduzca la fuerza de trabajo, sin la cual el sistema no puede subsistir. Es decir, el funcionamiento económico se recuesta en la existencia de ese trabajo, que como muestran múltiples encuestas, está muy mal distribuido entre varones y mujeres. Esta situación, además de ser injusta, implica una serie de desventajas a la hora de la participación económica de las mujeres, y explica la persistencia de la desigualdad económica de género.

Se lo llama técnicamente trabajo de reproducción. La reproducción humana ha sido y es realizada por la mujer, lo que permite la supervivencia de individuos y sociedades.

El trabajo de la reproducción comprende las actividades destinadas a atender el cuidado del hogar y de la familia. Se trata del cuidado de los cuerpos, de la educación, la formación, el mantenimiento de las relaciones sociales y el apoyo psicológico a los miembros de la familia así como el mantenimiento de los espacios y bienes domésticos. Se lo denomina trabajo reproductivo o trabajo de la reproducción para diferenciarlo del trabajo de la producción de bienes y servicios, pues en las sociedades industrializadas éste es el único reconocido. Frente al trabajo productivo, asalariado y reconocido socialmente, el trabajo reproductivo no se reconoce económica ni socialmente.

También se utiliza el término *trabajo de la reproducción* en lugar de *trabajo doméstico*, por considerarse que la denominación tiene un alcance mayor al atribuido habitualmente a este último tipo de tareas. Así, puede afirmarse que el escenario de la actividad de la reproducción es el hogar y la familia, por lo cual también se lo llama trabajo de cuidado.

A través de diversos estudios se sabe, además, que los hombres -si es que lo hacen- se dedican a las tareas domésticas o cuidado de su familia una vez que terminan la jornada laboral. Las mujeres, en cam-

bio, tienden a adaptar el horario y tipo de trabajo productivo a este tipo de tareas reproductivas. A veces prefieren los horarios flexibles, o media jornada, o el trabajo a domicilio, para tener posibilidad de ocuparse simultáneamente de sus responsabilidades, porque priorizan el cuidado de la familia.

La alta participación de las mujeres en el trabajo doméstico y de cuidados, así como la cantidad de horas promedio asignadas a estas tareas, indican que las mujeres continúan siendo las principales responsables de estas actividades, cualquiera sea su edad, su posición en el hogar, su nivel educativo, su nivel profesional y su ocupación. En este sentido, los resultados de las encuestas son más elocuentes que sorprendentes.

No obstante, las investigaciones cualitativas presentan notables diferencias según la clase social. Mientras los sectores medios y altos logran trasladar una parte de estas responsabilidades al mercado (sólo una parte, pues la organización permanece mayoritariamente a su cargo), contratando empleadas domésticas o servicios educativos y de cuidado, para los hogares más pobres esta opción es mucho más remota y dependen en su mayor parte de los servicios públicos o de las redes familiares y comunitarias.

El problema de fondo es que esta asignación de responsabilidades domésticas persiste aun cuando la matriz del conjunto de la sociedad se ha transformado profundamente. Las familias cambiaron, las mujeres ingresaron masivamente en el mercado de trabajo, se ampliaron derechos en distintos ámbitos y, sin embargo, la división de responsabilidades domésticas y de cuidado entre géneros no muestra transformaciones de similar magnitud.

Los cambios son lentos, mucho más lentos de lo que suele sospechar el sentido común. En la Argentina, no sólo el trabajo doméstico no remunerado es fundamentalmente una tarea realizada por mujeres, sino que ellas, además, le dedican más horas de sus días. Las que más se responsabilizan por estas tareas son, curiosamente, las mujeres de entre 30 y 59, es decir, aquellas que se encuentran en sus años económicamente más activos. Entre los varones, los más atareados en lo doméstico son los separados o divorciados que toman a su cargo el trabajo doméstico de sus hogares, aunque aun en estos casos lo hacen con moderación: dedican la mitad del tiempo que las mujeres en su misma situación.

Pero las mujeres separadas o divorciadas dedican a lo doméstico una hora y media menos que las que viven en pareja (6 horas frente a 7,5), o sea que las mujeres divorciadas ganan una hora y media libre cada día.

Esos son sólo algunos de los trazos del panorama que pinta la "Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo", realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) durante el tercer trimestre de 2013, entre ciudadanas y ciudadanos mayores de 18 años, para captar información respecto de la participación y el tiempo destinado a las tareas domésticas en el propio hogar, al cuidado de miembros del hogar, al trabajo voluntario y de ayuda a otros hogares; y que, según explicaron los especialistas que en su momento presentaron los resultados, fue realizado sobre una muestra de la población representativa del 80 por ciento del país. Es la primera vez que en la Argentina se realiza un estudio de este tipo, diseñado para registrar prácticas de la vida cotidiana que delata lo que sucede con los estereotipos y sesgos de género puertas adentro. Su objetivo fue el de cuantificar tales desigualdades en el tiempo dedicado al trabajo no remunerado doméstico y de cuidados al interior de los hogares.

El estudio recoge respuestas de más de 65 mil personas, representativas de un universo de 26 millones de mayores de 18 años, residentes en hogares de localidades con dos mil o más habitantes de todo el país.

La encuesta englobó bajo la etiqueta de trabajo doméstico no remunerado a tres tipos de actividades: quehaceres domésticos, apoyo escolar y cuidado de personas (ancianos, enfermos o niños). Estos números demuestran que las mujeres trabajan en promedio un extra de tres horas más cada día que los varones, sólo que en actividades domésticas no remuneradas. Las mujeres que más toman a su cargo las tareas son aquellas en relación de pareja estable, sea formal o informal (el 95,3 de ellas lo hace), seguidas por las jefas de hogar y las hijas, hijastras o nueras (79,8).

La iniciativa atiende a diversas recomendaciones internacionales que han destacado la importancia de contar con información estadística sobre el trabajo no remunerado que se realiza en los hogares con el fin de hacerlo visible y reconocer su valor. Las estadísticas sobre el uso del tiempo han tomado impulso a partir de la Plataforma de Acción adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (1995) en la que se insta a los países a hacer estudios periódicos sobre el uso del tiempo para medir cuantitativamente el trabajo no remunerado y mejorar la captación de información sobre las contribuciones de mujeres y hombres a la economía. Asimismo, las Naciones Unidas han fijado la medición del tiempo y su utilización como una de las prioridades en el campo de la investigación.

El Código Civil y Comercial distingue este tipo de diferencias y las compensa en diversas formas al reconocer la igualdad como principio constitucional que prevalece en la organización matrimonial o convivencial y su ruptura, entre otros aspectos. A esta temática me referiré en un futuro trabajo.

IV. Regulación del nombre: determina las posibilidades de elegir y cambiar nombres y apellidos

a) Principios generales

El nombre de una persona sirve para individualizarla; sin este elemento los múltiples miembros de una comunidad no se diferenciarían entre sí y esta dificultad impediría que el ordenamiento reconociera a cada uno sus derechos propios, de modo que se podría llegar a impedir que ostentaran su titularidad. Por eso es, a la vez, un derecho y una obligación o un deber, a fin de tener y mantener identidad, en tanto es un elemento de necesaria individualización entre los diversos componentes de una comunidad que facilita la asignación y reconocimiento de derechos.

El Código de Vélez no contenía articulado sobre tan importante materia, solamente una referencia en el art. 79 en cuanto a la prueba del nombre y apellido de las personas. Por eso el nombre sólo se reglamentó aparte de las normas locales sobre los Registros Civiles- en diversos decretos y leyes hasta la vigencia de la ley 18.248, que tuvo varias modificaciones por leyes 20.668, 23.162, 23.264, 23.515, 26.618 y 26.743.

En el CCyC se incluye el tema en los arts. 62 a 72.

Art. 62.— Derecho y deber. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.

De la norma surge que el nombre en sentido lato, se compone de dos elementos:

a) El nombre en sentido estricto, llamado también prenombre, nombre de pila o de

bautismo, que tiene por objeto individualizar a los distintos miembros de una misma familia.

b) El apellido, también llamado nombre de familia, nombre patronímico o simplemente patronímico que indica la familia a la cual pertenece una persona y se transmite entre padres e hijos; es el elemento hereditario del nombre.

c) El alias, apodo, sobrenombre o seudónimo, que es una denominación de la persona usada como alternativa a su nombre, al que puede acompañar o reemplazar. Puede usarse con fines de encubrimiento e identificación, afectivo, despectivo, etc. y muchas veces se trata de un diminutivo o deformación del nombre o alude a una característica de su físico o a su nacionalidad. En informática se usa para identificar a una persona que accede a un servicio multiusuario, casos en los que suele emplearse el anglicismo *nick* por *nickname*. También se ha usado el nombre de guerra o *nom de guerre* por miembros de la Resistencia francesa durante la Segunda Guerra Mundial, o actualmente, usado por tropas irregulares para esconder identidades o para proteger a familiares de posibles represalias.

De todas estas variantes, el seudónimo se elige para actividades artísticas, periodísticas, deportivas o literarias, entre otras. A veces busca originalidad o simplificación, u oculta temor a persecución e intención de ocultar el verdadero nombre. Ello ha existido a lo largo de la historia. En su momento, algunas escritoras mujeres optaron por un seudónimo masculino con el fin de sortear prejuicios de género, tales como George Elliot y George Sand.

Si bien habitualmente no se lo menciona en las leyes, el CCyC reconoce al seudónimo la protección del nombre, reemplazando en palabras similares el texto de la ley 18.248.

Art. 72.— Seudónimo. El seudónimo notorio goza de la tutela del nombre.

En principio y excepto razones fundadas, el nombre -en su sentido amplio- es inmutable, justamente porque identifica a una persona humana y su cambio se puede prestar a diversas maniobras. Además, su titular puede protegerlo por medio de acciones:

1) Aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega;

2) Aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso;

3) Aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.

De modo que en el CCyC se organiza el nombre actualizando la anterior ley, para ajustar la regulación a principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad, aunque sin dejarlo librado a una autonomía absoluta; es decir, que el nombre sigue ciertas reglas. En definitiva, no hay muchas variantes, excepto en cuanto se refiere a la mujer y a la igualdad de derechos.

b) *El prenombre o nombre (propriamente dicho) de los hijos*

En seguimiento del principio de autonomía de la voluntad, se otorga mayor libertad y se elimina la prohibición de aplicar prenombres extranjeros entendiéndose que, en definitiva, la elección del prenombre es una decisión de los padres en la que la injerencia del Estado debe ser la menor

posible. Se establece de manera expresa la posibilidad de poner nombres indígenas, en consonancia con el respeto por las minorías y la creencia en el carácter pedagógico de la ley.

No obstante la libertad, se disponen límites a la autonomía:

a) En cuanto al número de prenombres, que no puede exceder de tres. Un número mayor no es habitual en estos tiempos, pero antiguamente se buscaba agregar los nombres de todos los abuelos y familiares, de modo que hay personas que tienen múltiple cantidad de prenombres;

b) Dos hermanos vivos no pueden llamarse de igual manera, para evitar la homonimia, justamente porque cada persona debe ostentar su identidad y el prenombre tiene por fin individualizar a los distintos miembros de una misma familia;

c) No pueden utilizarse nombres extravagantes, lo cual no significa simplemente raros, sino que deben ser nombres que provoquen verdadero rechazo, en tanto se conviertan en una carga para quien los lleve, pues se presten a burlas o provoquen reacciones que hieran los sentimientos de los así llamados;

d) No pueden ponerse apellidos como nombres, pues ello induce en confusión, en tanto el apellido hace mención a la familia a la que pertenece la persona.

Art. 63.— Reglas concernientes al prenombre. La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes:

a) *Corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas;*

b) *No pueden inscribirse más de tres prenombrados, apellidos como prenombrados, primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombrados extravagantes;*

c) *Pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.*

c) *El apellido de los hijos*

Con apoyo en los principios de igualdad de género y el igual protagonismo de la mujer o de cualquiera de los dos en la pareja igualitaria, se receptó la posibilidad de poner o anteponer el de uno u otro como el "apellido de familia", aunque con una limitación: todos los hijos deben llevar el mismo apellido y el mismo orden de los apellidos.

Es decir que los progenitores deben elegir cuál apellido llevarán o, en caso de decidir por el apellido compuesto, cuál va antes que el otro; y, cuando no se pongan de acuerdo, si son hijos matrimoniales o extramatrimoniales pero con simultáneo reconocimiento de maternidad/paternidad, define el azar por ser ésta la solución que mejor respeta el principio de igualdad, aunque el sorteo lo lleva a cabo el oficial público del registro civil. En su caso y en su momento, el hijo puede adicionar el apellido faltante del otro progenitor, aunque no puede anteponerlo al que lleva.

En cambio, si los hijos extramatrimoniales tienen una sola filiación reconocida, llevan el apellido del progenitor reconociente. Y cuando llegue el momento del reconocimiento por parte del segundo progenitor,

se deben poner de acuerdo en el orden de los apellidos que debe llevar el menor. Si no se ponen de acuerdo, no hay sorteo alguno: la decisión queda sujeta a decisión judicial, según el interés superior del menor.

ARTÍCULO 64.—Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de acuerdo de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.

Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

La ley 18.264 daba prioridad absoluta al varón, de modo que los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo debían llevar el primer apellido del padre; aunque a pedido de los progenitores podía inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Y el joven de 18 años podía -llegado a esa edad- solicitar ante el Registro Civil, completar su apellido con el compuesto del padre; y también se le permitía agregar el de la madre.

Ya en la última versión de la ley y admitido el matrimonio igualitario, los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo podían llevar el primer apellido de cualquiera de ellos; y a pedido de sus madres/padres podía inscribirse el apellido compuesto de ese mismo cónyuge del cual el hijo tuviera el primer apellido o se podía añadir el del otro cónyuge. Si no hubiera existido acuerdo acerca de qué apellido o apellidos debía usar el niño, la normativa determinó que los apellidos se ordenarían alfabéticamente. Asimismo en este supuesto, el joven a partir de los 18 años podía integrar el apellido que llevara de la misma manera que si sus madres/padres hubieran tenido sexo diverso.

Esta disposición legal ya contenía la previsión de que todos los hijos debían llevar el o los mismos apellidos.

En cuanto al hijo extramatrimonial, si hubiera sido reconocido por uno solo de sus progenitores adquiría su apellido.

Pero manteniendo la prioridad masculina, la norma indicaba que si hubiera sido reconocido por ambos, fuera simultánea o sucesivamente, adquiría el apellido del padre, aunque ciertamente podía agregarse el de la madre. No obstante, se consagró una excepción en caso de reconocimiento del padre posterior al de la madre, pues, con autorización judicial, se aceptaba que se mantuviera el apellido materno cuando el hijo hubiera sido públicamente conocido por éste, es decir cuando el menor tuviera cierta edad y ya fuera una persona conocida bajo esa individualización.

Además, el hijo estaba igualmente facultado, con autorización judicial, para optar dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Ante una madre viuda, se consignaba en el hijo el apellido de soltera.

En suma, volviendo al CCyC, está claro que con su vigencia las modificaciones dejaron de lado toda la indicada prioridad paterna en el apellido, estableciéndose la

absoluta igualdad entre padres o madres. Se acabó la preponderancia para dar el apellido a los hijos o para establecer el orden de un apellido compuesto.

d) *El apellido de las personas casadas*

A fin de afirmar la igualdad, se introducen modificaciones sustanciales en el apellido de las personas casadas, permitiendo a cualquiera de los dos contrayentes tomar el apellido del otro, acompañado o no de la preposición "de".

Quien enviuda mantiene el apellido que llevaba en tanto no se case de nuevo ni se una en convivencia.

Y una vez divorciados los cónyuges o declarada la nulidad de su matrimonio, deben dejar de usar el apellido del otro, excepto que el juez apruebe su conservación por existir motivos serios, por ej., si la persona fuera conocida profesionalmente o en su industria o negocio con el apellido de casada o casado y el cambiarlo implicaría casi un cambio de individualidad.

ARTÍCULO 67.—Cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella.

La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo.

El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.

Como hemos dicho, la ley 18.248 tuvo diversas modificaciones por leyes 20.668, 23.162, 23.264, 23.515, 26.618 y 26.743.

En sus últimas ediciones, disponía que era optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de"; y en caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, era optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, con la misma preposición.

Si era separada, era optativo para la mujer casada con un hombre llevar el apellido de su marido. Mas se estableció que cuando hubieran existido motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podían prohibir a su mujer el uso del apellido marital. En casos en que la mujer hubiera optado por seguir usando el apellido de su cónyuge, decretado el divorcio vincular perdía tal derecho a menos que existiera acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión hubiese sido conocida por aquél y pidiera conservarlo para sus actividades.

A ello se había agregado -referido a matrimonios igualitarios- que cuando existieran motivos graves, los jueces, a pedido de uno de los cónyuges, podían prohibir al otro separado el uso del apellido marital. Si el cónyuge hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perdía tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida/o por aquél y solicitara conservarlo para sus actividades.

Todo ello constituyó un gran adelanto, pues en los primeros tiempos, ante la absoluta falta de normativa, la mujer alteraba su nombre al contraer matrimonio y debía añadir a su apellido el del marido, precedido de la partícula "de". Tal costumbre del país ya lo era anteriormente, en tiempos de la madre patria, sin haber duda alguna de que se trataba de una verdadera regla consuetudinaria que ofrecía notas de obligatoriedad, uniformidad y antigua raigam-

bre que hubiera sido ocioso discutir. Se entendía que esa costumbre concordaba con los deberes de, convivencia, ayuda mutua y asistencia propios del vínculo conyugal.

A tal punto fue así, que la omisión en el uso del apellido de casada se consideraba injuria grave, constitutiva de causal de divorcio, excepto que la mujer ya tuviera reputación en su arte o profesión antes de contraer matrimonio; mas no configuraba proceder injurioso siempre que en estos supuestos, utilizara el nombre completo en sus actividades sociales generales.

En tal sentido, algunos autores consideraron vituperable y distorsiva del verdadero nombre, a la disposición de la ley de enrolamiento femenino que se apartaba de este régimen consuetudinario, en tanto en la libreta cívica sólo debía constar el nombre de soltera.

Por cierto que todo eso ha quedado en el pasado, ya que en el CCyC el régimen en lo tocante al nombre de varones y mujeres casadas es de absoluta igualdad.

V. Comienzo de la existencia de las personas

La necesidad de establecer y delimitar los efectos jurídicos que se originan con el comienzo de la personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial, no implica condicionar de modo alguno las consecuencias jurídicas que puedan establecerse en otros ámbitos del derecho. El artículo 19 proyectado no modificó el estatus legal del comienzo de la persona, que en el Código de Vélez ya reconocía efectos desde la concepción en el seno materno. Sólo agregó un supuesto que es el de la implantación de un embrión en el cuerpo de la mujer.

El texto proyectado indicaba:

ARTÍCULO 19.—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.

A su vez, la norma del Código Civil decía:

Art. 70.— 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.

En la preparación del CCyC, al mencionar la implantación, jamás se pensó en una interpretación a contrario sensu referida al embrión no implantado. De lo que se habla es de los efectos civiles y cuándo comienza la persona a estos fines: cuando es un niño o puede llegar a serlo, porque lo será siempre que nazca con vida.

El nuevo Código luego de finalizado el trámite parlamentario y convertido en ley, quedó redactado así:

Art. 19.—Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

A ello se agregó una aclaración indicada por una norma transitoria:

Norma Transitoria Segunda. La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

● VIENE DE PÁGINA 7

Ello se debe a que no se han dejado sin efecto las normas oportunamente proyectadas en cuanto a la reproducción humana asistida, las cuales también fueron legisladas por la ley 26.862 de fertilización asistida que tiene vigencia desde el 5 de julio de 2013, y cuyo objeto es el de garantizar el acceso y la cobertura integral de los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Esta ley no tiene referencia alguna a la temática de los embriones no implantados, que a su vez deben ser objeto de otra ley.

¿Por qué digo que las técnicas de reproducción humana asistida son especialmente a favor de la mujer? Serían a favor de la familia, de la sociedad, de todos, pero indudablemente prevalece el deseo de ser madre, en el sentido de que es la madre quien gesta al niño y lo tiene en su seno hasta que nace, con los pertinentes sufrimientos del parto. Para la mujer, la etapa gestacional es fundamental por razones propias de la naturaleza.

No ha existido todavía un varón que haya gestado y ganado el premio de la Reina Victoria. Según se dijo siempre, esta Reina de Inglaterra instituyó un premio de un millón de libras esterlinas a favor del primer varón que fuera capaz de dar a luz un hijo, y nadie lo reclamó todavía a la Corona Británica.

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos - Fallo "Artavia Murillo c/Costa Rica". Derecho a la vida en la Convención Americana de Derechos Humanos

El 29 de julio de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso "Artavia Murillo contra el Estado de Costa Rica".

La Comisión indicó que la cuestión se relacionaba con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* ("FIV"). El método había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, hasta que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país emitió una decisión en contra, que lo prohibía.

Entre otros aspectos, la Comisión alegó en su demanda ante la Corte Interamericana que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Agregó que la prohibición constituía una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, tal cual dije antes, argumentó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo y otros.

Los artículos de la Convención citados, son los siguientes:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su

libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Artículo 17. Protección a la Familia

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

A ellos se agrega el punto crucial, cual es el artículo que establece el derecho a la vida a partir de la concepción y el significado de la norma:

Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente

Referido a esta específica disposición de la Convención, el fallo de la Corte -en los párrafos que citamos por su numeración- dice literalmente:

263. Por tanto, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

C.5) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha

disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional (de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica) partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

En suma, y luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo c/Costa Rica" determinó que a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana -que dispone que el derecho a la vida estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción-, el embrión no puede ser entendido como persona.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos - Fallo "Gelman c/Uruguay". Efectos de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos

Asimismo, cabe agregar como relevante el Caso "Gelman vs. Uruguay" sobre Supervisión (inaplicabilidad de los fallos domésticos que contradicen a la jurisprudencia de la Corte Interamericana)

El tema de los efectos de las sentencias de la Corte IDH es una cuestión que vuelve a tener rigurosa actualidad a raíz de la Resolución del Tribunal Regional del 20 de marzo del 2013, donde avanzó con relación a la obligatoriedad de sus pronunciamientos no ya en el caso particular, sino para todos los signatarios de la Convención, dándole un tenor superior a esta álgida problemática.

Se trae a colación el decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Supervisión de Cumplimiento en el caso "Gelman vs. Uruguay", del 20/3/13, pues dicha Corte ha dado un paso adelante al sostener la eficacia objetiva de la sentencia interamericana como "norma convencional interpretada" y la vinculación indirecta *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, que implica aplicar el estándar interpretativo mínimo de efectividad de la norma convencional.

Dice el fallo que la proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Partes que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente hacia aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación de todas las autoridades nacionales en cuanto a aplicar no sólo la norma convencional sino la "norma convencional interpretada" (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano "la interpretación y aplicación" de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia.

Además, indica que la eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable

por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo anterior se deriva de los artículos 1.1 y 2 del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados Parte de "respetar" y "garantizar" los derechos y libertades, así como la obligación de "adecuación" -normativa e interpretativa- para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados. Esta última obligación de los Estados Parte es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo.

La Corte Suprema de la Nación Argentina ya había dicho algo similar en el fallo "Ekmejdjian c/Sofovich" del 7/7/92: que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José. Esto se ha venido reiterando, cada vez con más fuerza, en múltiples fallos, especialmente en las sentencias de lesa humanidad.

De "Gelman" se desprende claramente que -como todos los fallos de la Corte Interamericana en materia de Derechos Humanos-, el decisorio "Artavia Murillo" debe tomarse con seriedad y aplicarse adecuadamente en el país.

VI. Reproducción humana asistida

Vuelvo a decir que las técnicas de reproducción humana asistida son especialmente a favor de la mujer. Si bien es cierto que admiten un nuevo modo de formación de una familia, con lo cual también favorecen a la sociedad y a los miembros de una familia cualquiera sea su sexo, insisto en que en muchas mujeres existe un ansia de ser madre, gestar un hijo y llevarlo en el vientre hasta su nacimiento. La etapa gestacional puede constituir una necesidad para muchas mujeres y si es posible que el derecho la permita, es razonable que se reconozca a fin de que no se lleve a cabo fuera de las regulaciones legales o solamente pueda acceder a esta técnica quien tiene suficiente dinero para ello.

En la República Argentina, la ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos. Logra satisfacer una necesidad social, en tanto supera el obstáculo existente: ofrece el procedimiento a toda la población, con lo cual termina con los recursos de amparo aplicados a la búsqueda de auxilio judicial ante la falta de inclusión de los tratamientos de reproducción humana asistida entre las prácticas con cobertura por parte de las obras sociales y sistemas de medicina prepaga. Esta norma dispone que tiene derecho a acceder toda persona mayor de edad -es decir, en pareja o no- y que las obras sociales y las entidades de medicina prepaga deben incorporar la cobertura integral e interdisciplinaria de los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados o beneficiarios. Con ello, ya no existe únicamente para quienes puedan pagarlo en privado.

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos - Fallo "Artavia Murillo c/Costa Rica". Derecho a acudir a las técnicas de reproducción humana asistida en la Convención Americana de Derechos Humanos

La noción del perjuicio para la mujer surge de la presentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana en el caso "Artavia Murillo", pues allí alegó que las técnicas de reproducción humana asistida (que la Corte interna de Costa Rica había prohibido y de ahí surgió el caso) permitieron a

muchos superar la situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Y alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. En concreto, la Comisión observó que la prohibición de la fecundación *in vitro* "tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las presuntas víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico, y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres"; y en el caso "Gelman", la Corte señaló que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

Además, se alegó que la infertilidad es una enfermedad, una incapacidad y, por ende, una discapacidad del ser humano para fecundar o para concebir, en síntesis, una discapacidad para procrear. Se dijo que si bien la prohibición absoluta a la práctica de la fecundación podría parecer neutra, no tiene el mismo efecto en cada persona, ya que produce un impacto desproporcionado en aquellos que son infértiles, negándoles la oportunidad de superar su condición física y concebir de una forma biológica. A los fines de decidir este punto, la Corte tomó nota que la Organización Mundial por la Salud delimitó la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". La Corte analizó que del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva; en consecuencia, la Corte consideró que en tanto la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva; y que dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

Y el Tribunal Interamericano entendió que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.

En el caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", o en "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador", la Corte resaltó el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

De acuerdo a lo resuelto en "Gelman vs. Uruguay" y en "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", la Corte consideró que el caso "Artavia Murillo" trata de una combinación parti-

cular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. Ello en tanto en primer lugar, el Tribunal resaltó que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en su artículo 17; y el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. Entendió que el artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; y que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

Asimismo, dijo que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Entendió que el derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos"; que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

La Corte consideró que la prohibición de la fecundación *in vitro* puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad. Mas, respecto a la situación de las mujeres infértiles, se recordó que en muchas sociedades se le atribuye la infecundidad en gran medida y en forma desproporcionada a la mujer, debido al persistente estereotipo de género que define a la mujer como la creadora básica de la familia. Citando las conclusiones de investigaciones del Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas de la Organización Mundial de la Salud (OMS), señaló que la responsabilidad por la infecundidad es comúnmente compartida por la pareja. Sin embargo, por razones biológicas y sociales, la culpa por la infecundidad no es compartida en forma equilibrada. La carga psicológica y social de la fecundidad, en la mayoría de las sociedades, es muy superior sobre la mujer. La condición de una mujer se identifica con frecuencia en su fecundidad, y la falta de hijos puede ser vista como una desgracia social o causa de divorcio. El sufrimiento de la mujer infecunda puede ser muy real.

La Corte observó que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad repro-

ductiva, la femineidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo.

Planteó que la capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque la maternidad les ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la fecundación *in vitro*. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa esta autoculpabilización.

En relación con el derecho a la integridad personal, resaltó que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que "la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud. Evocó que el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer; que de acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso.

Además, indicó que según el Programa de Acción de la Conferencia, deberían proporcionarse técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

En definitiva, la Corte Interamericana especificó que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte remarcó la diferencia entre "distinciones" y "discriminaciones", de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos; y el Tribunal decidió el caso avalando el método o técnica de fecundación humana asistida.

b) Fuentes de la filiación y no discriminación en cuanto a sus efectos

La filiación puede emerger de tres fuentes (que a su vez pueden admitir alguna

distinción en las personas que se encuentran comprendidas), las cuales operan en igualdad de condiciones jurídicas, por lo cual -y a fin de evitar cualquier tipo de discriminación- no debe surgir del documento de anotación en el Registro Civil ningún elemento por el cual se determine la diversa fuente.

Estos tres tipos filiales tienen diferentes causas-fuente (elemento biológico, de voluntad procreacional y jurídico) a los fines de la determinación de la filiación y su consecuente sistema en materia de acciones, pero no respecto a sus efectos. De esta manera, se evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial, por lo cual, cuando en el texto se alude al parentesco sin ninguna noción adicional, se refiere a toda clase de vínculo filial, incluso la adoptiva, sea en línea recta o colateral.

El término "parentesco" corresponde a los vínculos jurídicos que se derivan de los tres tipos filiales que se regulan: filiación por naturaleza, filiación por técnicas de reproducción humana asistida y filiación adoptiva. En consecuencia, se simplifica la noción de parentesco por consanguinidad, pertinente en el marco de un régimen filial que solo receptaba la filiación por naturaleza.

Es así que las fuentes emanan de:

—la naturaleza, y a su vez la filiación puede ser

-matrimonial

-extramatrimonial.

—las técnicas de reproducción humana asistida.

—la adopción, que puede ser:

-plena

-simple

-de integración y a su vez la filiación puede ser

<matrimonial

<extramatrimonial

Reitero que el Código Civil y Comercial al respecto dispone la igualdad de efectos sobre las diferentes fuentes de filiación:

Art. 558.—Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

De todos modos, aun admitiendo las excepciones, subsiste la clásica presunción de los hijos nacidos dentro de un matrimonio en el primer párrafo de la siguiente norma:

Art. 566.—Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

● VIENE DE PÁGINA 9

Mas hay una clara orden en cuanto a la expedición de los certificados de nacimiento a fin de impedir, en principio, la posibilidad de discriminación:

Art. 559.—Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Estas disposiciones son reiterativas de los principios de los arts. 240 y 241 del Código Civil (en texto según la ley 23.264); y, como es obvio en atención al contenido convencional y constitucional que permea todo el Código, se mantiene el principio de equiparación de las filiaciones. El agregado de las técnicas obligó a consignar legislativamente que no se pueden tener más de dos progenitores, cualquiera sea su género.

En el Código originario de Vélez Sarsfield sólo se reguló la filiación por naturaleza. Fue la única fuente que reconoció, ya que no incluyó la adoptiva ni otros tipos de instituciones similares como el prohibimiento, en razón de considerar que no era conveniente introducir en la familia a un tercero extraño. En opinión del codificador primigenio y según nota de elevación del Libro Primero del Proyecto de Código Civil, “desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más amplio campo, qué necesidad hay de una ilusión”.

El Código fue modificado y se llega a nuevos textos que tienen en cuenta la legislación sancionada que reguló la adopción. La primera ley fue la 13.252 que contenía la adopción simple; luego se establecieron mejoras con la ley 19.134, que a su vez sufrió reformas por ley 23.264.

Decía el Código en su último texto vigente:

Art. 240.—La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

Art. 241.—El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma que no resulte de ellos si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio o ha sido adoptada plenamente.

La noción básica permaneció con los indicados retoques y agregados. No obstante, se quitó la palabra “únicamente” del art. 241, de la que parecía desprenderse que cuando sólo se encontraba determinada la maternidad, no se pudieran expedir certificados de nacimiento, pues de ello se infería una filiación extramatrimonial, interpretación literal que no resiste el absurdo que involucra, pues por evitar una discriminación provocaría otra mayor al conducir a que existieran niños respecto de los cuales no se pudiera certificar su nacimiento.

Asimismo, se debieron mantener las diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pues ello se corresponde con la necesidad de discernir situaciones objetivas propias del emplazamiento filial.

c) Voluntad procreacional y reglas de filiación a que da lugar

El concepto de voluntad procreacional reconoce en su germen la voluntad de engendrar. La determinación de la filiación se vincula de forma directa con el “querer ser” progenitor. De esta forma, los hijos e hijas concebidos mediante tecnologías reproductivas son hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado el material genético. En consecuencia, una o más personas, a pesar de no tener vínculo biológico alguno con el nacido pueden ser igualmente inscriptas como progenitores con los mismos deberes y derechos de un progenitor biológico.

La voluntad procreacional obedece al objetivo de evitar diferencias entre hijos según su nacimiento de una u otra fuente de filiación. Así, si un hijo nace dentro de un matrimonio (heterosexual u homosexual) gozará de un doble vínculo, ya sea una madre y un padre, dos madres o dos padres. Ello garantiza la continuidad del vínculo en caso de separación o muerte de uno de los progenitores. También permite la toma de decisiones médicas y educativas, derechos hereditarios, entre otros. No menos importante es también el nuevo vínculo que se establece con sus familias extendidas: abuelas y abuelos, tíos, tías, primos, etc.

Por otra parte, el uso de gametos de un tercero está expresamente admitido y cuando ello ocurre, este dato debe estar asentado en un legajo y se prevé que tales datos puedan obtenerse por quienes nacieron por estas técnicas cuando es relevante para la salud; e inclusive por razones excepcionales y debidamente fundamentadas, puede llegar a revelarse la identidad del donante.

A ello se agrega una regla especial de parentesco, en tanto no se genera vínculo jurídico alguno del niño o niña con los terceros dadores, con excepción de la existencia de impedimentos matrimoniales, como en la adopción plena.

Al comenzar el capítulo del CCyC y antes del art. 560, se agregó la siguiente regla transitoria para mejorar la situación de quienes hubieran nacido por reproducción asistida antes de la sanción del nuevo sistema legal que las contempla:

Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Normas transitorias

Tercera. “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.” (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación).

Ello iguala a los nacidos antes, en tanto dice el CCC respecto de la voluntad procreacional en la siguiente disposición:

Art. 562.—Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y

561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Art. 575.—Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

d) Consentimiento libre e informado

El consentimiento para efectuar las técnicas de reproducción humana asistida debe ser requerido por el establecimiento especializado y debe renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones. Siempre puede revocarse el consentimiento antes de la implantación del embrión, lo cual coincide con el artículo oportunamente proyectado respecto del comienzo de la persona, donde como dije, se disponía que en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comenzaría con la implantación del embrión en la mujer.

En el Código, el consentimiento informado para actos médicos está previsto en el art. 59 donde se dispone que es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, aclarándose luego todos los conceptos que deben ser informados. De acuerdo a la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud -de modo coincidente con el Código- se entiende por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos, en coincidencia casi total con el Código, el consentimiento informado consiste en la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada.

Por cierto que este consentimiento informado, además de las reglas específicas para llevar a cabo la práctica de fertilización asistida, debe seguir las reglas generales, de modo que la declaración de voluntad expresada por el paciente lo sea luego de recibir datos claros sobre su estado de salud, beneficios esperados por el procedimiento, riesgos, efectos adversos y derivaciones sobre la no realización de la práctica.

Dispone el Código respecto del consentimiento para la técnica de fecundación:

Art. 560.—Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Art. 561.—Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sa-

nitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Art. 566.—Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

Ciertamente, el consentimiento informado implica la previa comprensión de la información que le suministró el facultativo

En cuanto a la instrumentación, para la ley de derechos del paciente el consentimiento puede ser verbal aunque con excepciones, por ej., intervenciones quirúrgicas o procedimientos invasivos, en los que será por escrito y debidamente suscrito. El Código no se refiere a la instrumentación del consentimiento informado en general, pero sí al específico para el caso.

Como se advierte, para la fertilización asistida el consentimiento requiere una instrumentación propia, ya que para el consentimiento informado en general de ninguna manera es necesaria la protocolización notarial o certificación ante autoridad sanitaria, el cual muchas veces puede ser dado de modo absolutamente informal.

Art. 577.—Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

De esta disposición surge una última pauta importantísima, y es la referida a la imposibilidad de impugnación de la filiación, sea matrimonial o no, de los hijos nacidos mediante estos métodos, siempre que haya mediado el adecuado consentimiento informado. Tampoco es admisible el reconocimiento o desconocimiento de vínculo filial, materno o paterno, independientemente de quien haya aportado material genético, ni el ejercicio de acciones de filiación ni cualquier reclamo al respecto.

VII. Final

Pongo punto final a este artículo sobre algunos aspectos básicos -los principales- que hacen a la vida privada y al desarrollo personal de la mujer bajo la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

A no dudarlo, la igualdad de género tiene nuevos elementos para avanzar a buena marcha. Ahora es una cuestión que queda en manos de los operadores del derecho, abogados y jueces; pero más específicamente de las personas que habitan el territorio de la República que deben exigir su inmediata aplicación. ●

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (*)(**)

Aída Kemelmajer de Carlucci

➔ Los operadores del derecho y especialmente los jueces tendrán un rol importantísimo para la puesta en marcha y maduración del nuevo Código. Seguramente, de aquí en más, e independientemente de la conducta que cada uno asumió antes de la entrada en vigencia, frente a los vientos de cambio, todos juntos “construiremos molinos y desecharemos muros”, para que el nuevo instrumento sirva de sólido puente entre el derecho que fue y el que vendrá en un mundo cambiante que apasiona, aunque se muestre pleno de incertezas.

El 1 de agosto de 2015 entra en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En febrero de 2011, junto a los Doctores Ricardo Lorenzetti y Helena Highton, aceptamos el desafío de trabajar en la redacción del anteproyecto que le sirvió de base. Desde el comienzo, sabíamos que, por diversas razones, nuestra labor sería muy diferente a la que le cupo, en el siglo XIX, al más grande civilista de nuestra historia, don Dalmacio Vélez Sarsfield.

En primer lugar, el concepto de Código es distinto. En los tiempos de Vélez, era un instrumento cerrado, que contenía todo el derecho civil. El codificador estaba plenamente convencido de esta idea y la expresó, en términos absolutos, en el artículo 22 del título preliminar: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”. Hoy presenciamos un mundo jurídico diferente; el Código es un instrumento valioso para ordenar, para sistematizar los grandes principios y reglas, pero no puede regularlo todo; asistimos al fenómeno imparable de la descodificación; junto al Código hay leyes especiales que rigen materias que se suponen más dinámicas. Todas esas leyes forman parte del sistema jurídico y el desafío es establecer normas que permitan dialogar a los microsistemas para que armonicen entre sí y con el Código.

En segundo lugar, el juez, aquél que en la época de Vélez era sólo “la boca de la

ley”, tiene desde hace tiempo un rol activo, que el nuevo Código Civil acentúa, por diversas razones, entre otras, y principalmente:

(a) Por el proceso de constitucionalización del derecho privado, hoy comprensivo de los tratados de Derechos Humanos, recogido expresamente en los arts. 1 y 2 del nuevo Código, que obliga al juzgador no sólo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar los principios en la gran cantidad de casos en los que éstos entran en conflicto.

(b) Por el método de interpretación, más preocupado por los “fines de la ley” que por la “intención del legislador”, elemento que justificó, en su tiempo, las famosas notas que Vélez incorporó al pie de cada artículo. No hay duda que ellas implicaron un valioso instrumento de acceso al conocimiento, desde que, en el siglo XIX, en el país había pocos libros y una población con gran porcentaje de analfabetos. Hoy, en cambio, hay exceso de bibliografía, y una población que casi en su totalidad lee y escribe, gracias a la política educativa empujada, justamente, por Domingo F. Sarmiento, presidente al momento de sanción del Código Civil. La intención “originaria” ha dejado de ser el elemento central de la interpretación; el art. 2° recurre a los “fines”; no mira hacia atrás, como la mujer de *Lot*, que por eso quedó inmovilizada, sino al presente, al momento de la aplicación de la norma; es la interpretación “no originalista”, propia del Derecho Constitucional, que se cuela en el derecho privado por efecto de esa constitucionalización.

En tercer lugar, Vélez trabajó solo (1), en una Argentina en la que los grandes juristas del derecho civil eran escasos, y en la que, al igual que en Francia, la labor de la doctrina era minusvalorada. Recuérdese que cuando Jacques de Maleville, que había integrado la comisión de juristas designados por Napoleón para el redactar el Código Civil francés, publicó una obra en la que analizaba la discusión ante el Consejo de Estado y proponía pautas de interpretación (2), Napoleón exclamó: “mi Código está perdido”, pues temía que los comentarios desnaturalizaran el texto sancionado; como buen hombre de su época, el emperador consideraba a los comentaristas una especie de “corruptores” del sentido de la ley. De allí que para no caer en esa calificación Jean Buguet, profesor en Dijon, sostuvo: “Yo no conozco el derecho civil; solo enseño el Código Napoleón”.

Muy distinta es la situación argentina en el siglo XXI. Grandes maestros han cimentado un derecho privado que, en mu-

chos aspectos, ha ido a la cabeza no sólo de los países latinoamericanos, sino que se ha adelantado, incluso, a soluciones dadas en el derecho europeo. Por eso, después de haber designado como secretario a Federico de Lorenzo, la persona más eficiente con la que puede contar una comisión redactora, convocamos a más de cien distinguidos juristas argentinos, de las más diversas generaciones, domiciliados a lo largo y a lo ancho del país para que, todos juntos, trabajáramos en la obra encomendada.

La intención de la Comisión causó un abanico de actitudes personales indicativas de estados de ánimo particulares “sui generis”. Efectivamente, estuvieron: Los que rechazaron la invitación porque estaban en contra de la idea de sustituir el Código Civil, o porque entendieron que era colaborar con un gobierno cuya ideología no compartían, o porque, desechando u olvidando aquello de que “no existe nada más poderoso que una idea a la que le ha llegado su tiempo”, estaban cansados de haber trabajado en proyectos anteriores que nunca se sancionaron. Los que aceptaron, pero no concurren a las reuniones o nunca enviaron sus propuestas, o lo hicieron tardíamente, cuando el anteproyecto ya había sido enviado al Poder Ejecutivo nacional en cumplimiento del plazo otorgado. La mayoría aceptó y trabajó “a pulmón”, “todo a pulmón”, como destaca la emblemática canción de nuestro rock nacional, no sólo porque se trataba de tareas no remuneradas, en la que ni siquiera se pagaban los costos de traslado, sino, fundamentalmente, porque asumieron que la misión encomendada era altamente honorífica en lo personal y significativa en el compromiso nacional respecto del necesario “aggiornamento” de las instituciones jurídicas de la Argentina.

Después de la entrega del anteproyecto, los juristas convocados reaccionaron de diferente manera: Muchos se dedicaron a criticar públicamente lo hecho por la comisión en la que ellos no habían participado, no obstante que habían guardado silencio cuando desde la secretaría se les había enviado el material que se proyectaba; algunas críticas fueron técnicamente correctas; otras estaban signadas claramente por una posición ideológica contraria a la contenida en el Código Civil y Comercial, especialmente, en la parte de familia. Un grupo importante, en cambio, nos acompañó en conferencias y jornadas en las que los textos proyectados se mostraron en el país y en el extranjero, tarea que permitió corregir los errores inevitables en este tipo de obra.

Después de la entrega del anteproyecto y de su aprobación por la Cámara de Se-

nadores con las modificaciones introducidas por el Ministerio de Justicia, por la bicameral y por los propios senadores, las actitudes de la doctrina nacional también fueron dispares: estaban los que tenían la esperanza de que la Cámara de diputados no lo sancionase; y los que entendían que tanto esfuerzo no podía frustrarse una vez más.

Sancionado finalmente el Código Civil y Comercial en noviembre de 2014, nuevamente los comportamientos se mostraron discrepantes: no faltaron quienes, no obstante todo el trabajo de difusión realizado desde 2011 en adelante, insistieron en que el tiempo de estudio era insuficiente, por lo que debía suspenderse la entrada en vigencia. Otra excusa para proponer esa dilación fue la carencia de normas casísticas sobre la aplicación de la ley en el tiempo.

La sociedad en su conjunto, en cambio, muestra que está preparada para el cambio; así surge acabadamente de centenares de sentencias judiciales que invocan el nuevo Código Civil y Comercial para resolver con justicia los conflictos presentados (basta recorrer las colecciones de jurisprudencia más conocidas del país); también es clara la actitud asumida por diversos organismos administrativos que se han encargado de dictar normas que instruyen a los funcionarios para la aplicación del Código (tal lo que sucede con el registro del estado civil y capacidad de las personas en diversas provincias argentinas).

La adecuación no será difícil, pues, a diferencia de lo que dispuso el art. 22 del Código de Vélez, éste no rompe con el pasado; por el contrario, es el fruto de la doctrina y de la jurisprudencia que lo han precedido. Por eso mismo, no es una obra individual; acierta, entonces, la ley 26.994 cuando, a diferencia de la ley 340, no personaliza ningún autor.

Los operadores del derecho y especialmente los jueces tendrán un rol importantísimo para la puesta en marcha y maduración del nuevo Código. Seguramente, de aquí en más, e independientemente de la conducta que cada uno asumió antes de la entrada en vigencia, frente a los vientos de cambio, todos juntos “construiremos molinos y desecharemos muros”, para que el nuevo instrumento sirva de sólido puente entre el derecho que fue y el que vendrá en un mundo cambiante que apasiona, aunque se muestre pleno de incertezas. ●

Cita on line: AR/DOC/2588/2015

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) “Nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos”, Pablo Neruda, poeta chileno, *Poema n° 20*.

(**) “Cambia, todo cambia”. Julio Numhauser Navarro, músico, cantante y compositor chileno. La canción la popularizó en nuestro país Mercedes Sosa.

(1) Así lo reconoce la ley 340, que aprueba el Código civil “redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield”.

(2) Justamente, la obra que cito en el texto, que fue consultada por Vélez Sarsfield, se titula, en castellano, en traducción propia “Análisis razonado de la discusión del código civil en el Consejo de Estado, conteniendo: el

texto de las leyes, los resúmenes de las observaciones hechas a cada artículo, los motivos de las decisiones del Consejo; la indicación de la conformidad y de la oposición de esos artículos con las leyes antiguas; las sentencias de la Corte de Casación para fijar su sentido y las observaciones particulares del autor para conciliar y recti-

ficar algunos de esos artículos y facilitar la comprensión de otros”. He consultado la edición publicada en París, en 1807, por la editorial Garnery-Laporte.