

El art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial

Por Gustavo Carranza Latrubesse

1. La cuestión de la personalidad.
2. El texto.
3. De por qué, cómo y cuando la persona se vuelve cosa.
4. Ciertas dicotomías del discurso jurídico.
5. Una cláusula insoslayable en protección de la personalidad del embrión.
6. Conclusiones.

1. La cuestión de la personalidad. Para empezar por una noción básica del Derecho, nuevamente en crisis por el ya aprobado pero todavía no vigente Código Civil Unificado (CCU), -cuya derogación esperamos por ausencia de discusión y violación de procedimientos legislativos-, sin reconocimiento de la personalidad jurídica deviene dificultosa la tarea de asignar derechos y obligaciones; a menos que uno se sienta positivista y, de la mano de Kelsen y sus seguidores, se identifique sujeto derecho y personalidad como ‘centro de imputación normativa de derechos y obligaciones’. En la medida que sea posible predicar de cualquier ente esa posibilidad, quedaríamos relevados de la preocupación de saber cuándo se es persona o, en otras palabras, cuando se dispone de personalidad jurídica y, en tal caso, en qué momento se adquiere esa condición que daría certeza en tren de saber si se es titular de derechos y obligaciones. Antes que nada, bueno es aclarar que para nosotros persona jurídica y sujeto de derecho no son sinónimos, en tanto el segundo, es atribución ‘legal’ de la primera, a excepción de la persona ‘física’ que lo es por su naturaleza, en tanto aquella lo es por asimilación, ficción o simple utilidad del lenguaje. Por virtud de los arts. 30, 51 y 70 del Código Civil de Vélez Sarsfield (CC), sabíamos que eran ‘persona’ y, por lo tanto, sujetos de derechos y obligaciones, todos los entes susceptibles de adquirirlos y de contraerlos (art. 30, CC), con lo que cabía aceptar, como dice Julio César Rivera, que esa personalidad estaba ligada a la idea de capacidad. No estamos tan seguros de que esa afirmación sea, en esencia, la correcta, porque susceptible apunta a quien es ‘atribuido de’ (de capacidad, según Rivera); pero como ‘ente’ también se es, tautológicamente hablando, atribuido de ‘personalidad’. Por tanto, los entes de quienes es posible predicar ‘personalidad’, son personas y, además, por añadidura, capaces de adquirir derechos y de contraer obligaciones, en plenitud (capacidad de derecho) o en las condiciones que determina la ley (capacidad de hecho). Cosa que, cabe insistir aquí, no pueden hacer los animales, por parecidos que resulten a nosotros; como en el caso de los orangutanes, que son puramente ‘cosas’; y esperamos que sigan en ese estatus no obstante los esfuerzos por considerarlos ‘personas no humanas’. El CCU utiliza en varias disposiciones la expresión ‘persona humana’ para distinguirla de la persona jurídica (arts. 19, 22, 31, 51, 62; etc.). Según nuestro parecer, no estuvo mal que Vélez Sarsfield estatuyera en el art. 51, CC, que *“Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”*; y no solo porque alguno pudiera parecer un orangután, sino porque en la esencia de la

humanidad no cuenta tanto la apariencia sino el espíritu, o la capacidad intelectual para quienes no creen en el alma y la naturaleza trascendente del ser humano. En el confín de la materia y el espíritu está el alma, cuestión de la Metafísica que Santo Tomás trató de elucidar, pero que expresa en la irrepetible individualidad de cada ser humano, la indisoluble composición de aquellos, que hace al hombre distinto de todo otro ser y único atribuido de la calidad de ‘persona’. El hombre conoce de la Naturaleza por su entendimiento (discernimiento, intención y libertad, esenciales para celebrar actos jurídicos), cuya ausencia no genera pérdida de ‘personalidad’, sino y en todo caso, incapacidad para resolver por sí. Nos parece que era sobreabundante el art. 52, CC (“*Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces*”); en especial, el primer párrafo, pues la idea esencial ya estaba plasmada en el art. 30, CC. La presunción de ‘capacidad’ del segundo párrafo significaba que carecían de capacidad aquellos a quienes el Derecho declaraba expresamente tales; aprendimos en la Facultad que la capacidad era la regla; la incapacidad, la excepción; pero se trataba de la capacidad de hecho. Tratándose del ser humano no hay incapacidad de derecho. Y el art. 70, CC, determinaba el ‘desde cuándo’: “*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*”. Nuestro CC no exigía viabilidad sino ‘vida’, aunque vida independiente, entendiendo por tal la simple separación del seno materno y un hálito de vida, pues no se concebía entonces otra forma de vida. Y no hacía falta establecer ‘hasta cuándo’, porque la muerte habilita la posibilidad de transmitir a otros –por causa de muerte- derechos y obligaciones, pero pone punto final a la posibilidad de adquirir por actos entre vivos (art. 93, del Proyecto y del CCU: “*La existencia de la persona humana termina por su muerte*”; art. 380, CCU, para el caso del mandato; art. 475, CCU, para la extinción de la comunidad de bienes del matrimonio; art. 699, CCU, para la extinción de la responsabilidad parental; art. 976, CCU, para la caducidad de la oferta antes de la aceptación; por el art. 1189, CCU, la muerte transmite los derechos del contrato de locación en favor de quien habita; art. 1259, CCU, la muerte no extingue el contrato de comisión; pero cierra la cuenta corriente, arts. 1404 y 1441, CCU; por el art. 1522, CCU, la muerte extingue el contrato de franquicia; y por el art. 1541, CCU, extingue el comodato la muerte del comodatario; etc.). Es verdad que la ingeniería genética, la biotecnología, ha sacudido bastante las nociones jurídicas; pero no tanto, a nuestro humilde entender, como para dar sustento a que la vida humana extra corpórea sea ‘cosa’ y no persona. Por cierto, esto genera algunas dificultades, que, siempre a nuestro humilde entender, no pueden llevar a desconocer la personalidad jurídica del embrión, fruto de la

unión de dos cosas, con sus potencias, su fuerza y su destino. Y su capacidad genética, íntegra, definitiva e intacta en su individualidad.

2. El texto. El art. 19, CCU, dice: “*Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”. Hasta aquí, nada nuevo bajo el sol, aunque no se dice ‘dónde’, ya que desapareció en el texto aprobado el párrafo que en el Proyecto traía, luego de la palabra concepción, “*en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida*”. El art. 20, habla de la época de la concepción, aunque en rigor se refiere al tiempo del embarazo, pues dice: “*Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento*”. Cuál es la razón práctica para asimilar dos hechos diferentes (concepción y embarazo), aunque el segundo es consecuencia del primero, no nos queda claro, a menos que sea un modo de dejar legalmente indeterminada la época de la concepción, ya que todo el plazo del embarazo se considera ‘época de la concepción’. En la causa ‘Portal de Belén’, la Corte federal había dejado asentada la definición de ‘concepción’ sobre la base de los informes técnicos colectados en esa causa, en que se distinguía claramente la concepción (instante de la unión del óvulo y del espermatozoide) de la ‘anidación’ del embrión en el útero. Esa falta de anidación genera la expulsión del embrión aun sin conocimiento de la madre y por medios naturales, aunque también puede ser inducida, como ocurre con las drogas que impiden que el embrión se anide en el útero y, por lo tanto, se produce una interrupción en el desarrollo de la vida embrionaria. Confundir el hecho natural con la ‘inducción’ del hecho, es asimilar situaciones que no pueden serlo, en la medida en que, en la segunda, hay una actuación deliberada y dirigida a lograr un resultado que, hasta hoy, el Código Penal de la Nación define como ‘aborto’. Con ese criterio, que apunta a despersonalizar el embrión humano porque la Naturaleza lo hace sin participación voluntaria y consciente de la madre o de un tercero a su requerimiento, equivale a legitimar poner fin a una vida amenazada de muerte, desde que ésta es un hecho inexorable; la eutanasia es una posibilidad de interrumpir una vida por razones que el Derecho puede justificar en función de evitar los sufrimientos de un paciente terminal; el art. 60, CCU, parece prohibir esas prácticas, aunque el art. 59, inc. ‘g’, CCU, autoriza a prestar consentimiento informado respecto de ellas.

Las novedades aparecen luego; así, en el art. 21, CCU, se dice que: “*Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nacen con vida*”. Se establece aquí una clara distinción entre el concebido que, según el art. 20, CCU, es el fruto del embarazo ya que ‘concepción’ es el lapso que media entre el mínimo y el máximo tiempo del embarazo, y el ‘implantado’, que será el concebido de otro modo que el indicado. Tampoco queda clara

cuál es la naturaleza jurídica del embrión humano, ya que, por un lado, el art. 16, CCU, define como ‘cosas’ a “*los bienes materiales*”; y el art. 57, dice que son prácticas prohibidas todas aquellas destinadas a “*producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*”, con lo que estaría permitida toda otra que no persiga ese efecto, aunque desconocemos si la ingeniería genética actual puede impedir que ciertas modificaciones se transmitan, aunque ocurre con ciertas características de las semillas genéticamente modificadas. Si el embrión no es persona, es, necesariamente, cosa. Si es cosa, tiene dueño; aunque hay cosas que están fuera del comercio y pertenecen al Estado. En el art. 560 del Proyecto se exigía el consentimiento de las personas que se sometían a procedimientos de fertilización asistida, aunque allí no se hace referencia a la propiedad de los embriones. El párrafo final (“*El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella*”), no es de fácil comprensión, pues en su primera proposición no está claro a qué consentimiento se refiere cuando se trata de la concepción ‘en la mujer’, pues ya hemos visto que concepción es, en rigor, duración del embarazo y no propiamente el origen de la vida. El art. 560, CCU, tiene una redacción distinta; dice: “*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*”. El último párrafo del art. 561, CCU, repite aquel párrafo del Proyecto: “*El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”. Una inteligencia del precepto que se nos ocurre, aunque inútil, sería que si ha mediado embarazo (concepción), no se podrá recurrir -por no haber necesidad de ellas- a las prácticas de fertilización asistida; tampoco, si ya se ha implantado un embrión y se está pendiente de que continúe su desarrollo en el cuerpo de la mujer; y no deja de llamarnos la atención el giro “*concepción en la persona*”; acaso, se habrá pensado que la concepción sea posible en otra persona que ‘no sea mujer’? Se habrá dejado la puerta abierta a que el desarrollo total del embrión sea posible fuera del cuerpo de la mujer? De todos modos, no se indica ante quien habrá que hacer valer el consentimiento para usar de los gametos (que deben tener un titular o persona de la que fueron extraídos) y de los embriones, que necesariamente deben tener sólo un padre y una madre (art. 558, tercer párrafo, CCU: “*Ninguna persona puede tener mas de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*”), aunque en el caso resuelto por la CNCiv., sala J, que mereció nuestro comentario adverso a la solución allí autorizada, se acordó una práctica en favor de una madre biológica, ‘dueña’ del óvulo fecundado por el espermatozoide de un donante anónimo, y otra madre gestante, donde el nacido, cuyo interés superior se invocaba (*sic transit gloria mundi*), habría de tener dos madres, una más o menos cierta, y un padre desconocido. Lo de ‘más o menos cierta’ (sin duda lo es la que lo da a

luz), viene a cuento porque el CCU admite una filiación que ya no requiere el aporte genético, sino del consentimiento de quien expresa una ‘voluntad procreacional’ (art. 562, CCU: “*Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz o 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 quien haya aportado los gametos*”). Si ese consentimiento se refiere al aporte de sus respectivos gametos, significa que, además de la gestante que lo dará a luz, habrá otra madre y, necesariamente, otro padre. El CCU disimula ‘un poco’ esta conclusión, que era evidente en el art. 560 del Proyecto, que decía que “*son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo*”. Lo que no logramos entender, sin perjuicio de no aceptar la anomalía en tanto se la reviste de la ‘normalidad’ legal, es en qué se funda el supuesto interés superior del niño que ha de nacer con esta singular relación filial. Lo concreto es que el CCU no dice quien es el titular de la cosa (los gametos) y del embrión que habrá de implantarse. En las técnicas de reproducción asistida, la filiación se deriva del consentimiento previo y, cuando se trata del aporte de un tercero, no se crea vínculo jurídico alguno con él, a salvo para determinar los impedimentos matrimoniales (art. 575, CCU). No advertimos que el CCU haya incorporado la ‘gestación por sustitución’ del art. 562 del Proyecto, ni tampoco sabemos como se compadece la investigación de la paternidad que autoriza el art. 583, CCU, en caso de que la inscripción del nacimiento solo tenga filiación materna.

3. De por qué, cómo y cuándo la persona se vuelve cosa. Sin duda que, tanto en el CC como en el CCU, la personalidad se extingue con la muerte del ser humano; en el caso de la persona por nacer, esa personalidad se entiende inexistente, ‘como si nunca hubiere nacido’, cuando el nacimiento no se produce con vida, como ya hemos destacado. En el Derecho Civil la personalidad cuenta en la medida en que el ser humano se relaciona con otros de su misma especie y concreta relaciones y situaciones jurídicas diversas que producen efectos patrimoniales y no patrimoniales, de los que se derivan consecuencias diversas. Extinguida la personalidad con la muerte, el cadáver adquiere el carácter de cosa, aunque no pueda ser objeto de actos de contenido patrimonial, no obstante la ley permite al difunto establecer ciertos destinos a sus despojos, y consolidar determinados efectos después de acaecido el deceso; por caso, el art. 324, CC, en que se admite que el hijo adoptivo sea del matrimonio cuando los requisitos de la adopción se completen después de la muerte de uno de los cónyuges; o en el caso de la sociedad, en que al fallecimiento de uno de los socios los herederos de éste no participarán de los beneficios sociales, a menos que sean efecto de actos o negocios efectuados en vida del fallecido (art. 1760, CC); en el caso del mandato, en que subsiste luego de la muerte del mandante si ha sido celebrado en interés común del mandante y del mandatario (art. 1982, CC);

las deudas y cargas de la sucesión, que nacen a consecuencia de la muerte del causante (art. 3474, CC); la partición por ascendientes, del art. 3514, CC, que produce efectos a partir de la muerte; y es válida en la medida que no viole la legítima (art. 3536, CC); según el art. 3841, CC, los legados pueden ser revocados en caso de incumplimiento de las cargas impuestas por el testador; los gastos de última enfermedad, que producen privilegios sobre los muebles (art. 3880, CC); los derechos que no pueden reclamarse sino después de la muerte de la persona que los confirió (art. 3953, CC); la quiebra del patrimonio del fallecido, mientras se mantenga la separación (art. 2, inc. 1, ley de concursos y quiebras), como el concurso preventivo a petición del heredero (art. 8, de la misma ley). Son, todos, efectos de una previa existencia humana y, consecuentemente, de una personalidad que se extingue por la muerte, aunque mucho habría que meditar sobre si la sucesión es continuidad en la persona o en los bienes, criterio, el primero, que parece aceptar el art. 3410, CC, opinión que no comparte Borda.

No cabe duda, pues, en que operada la extinción de la vida y más allá de los efectos que se producen en los patrimonios y en las relaciones civiles, el cuerpo humano es cosa e insusceptible de disposición con fines de lucro. Pero, cuando la unión de los gametos, femenino y masculino, cualquiera sea el ámbito en que se logre, produce una vida humana, en ella está la indisoluble unión del cuerpo y del alma; la especie racional del ser humano convierte al ser en persona y, en tanto vida y en tanto ser, esa calidad no se extingue mientras se mantenga la expectativa de vida, cualquiera sea la técnica que se emplee para mantener su latencia. Como ya decía Vélez Sarsfield en el viejo Código, si el concebido y no nacido es representado por sus padres es porque es persona; de lo contrario, no habría nada que representar (“*Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar*”, nota al art. 63, CC). Ahora, si se pretende que el embrión, logrado por técnicas de fertilización asistida y fuera del cuerpo de la mujer, sea cosa, no se advierte que merezca ninguna consideración especial en tanto cosa, como no sea el deber moral que respecto de las animadas (animales) se impone al ser humano. Sin embargo, en la ‘gestación por sustitución’ del art. 562 del Proyecto, la transferencia de embriones no era admitida sin autorización judicial previa (art. 560), pero una vez efectuada sin ella, la filiación se juzgaba como filiación natural, por lo que parecía ser la única consecuencia, que es como decir ‘ninguna’ que pudiera funcionar como sanción o pena. En el art. 563 del Proyecto (fecundación *post mortem*), en el inc. ‘a’, se hacía expresa referencia al consentimiento (por testamento) de quien aporta sus gametos o los “*embriones producidos*” con ellos, lo que implicaba alguna forma de propiedad o titularidad de un derecho sobre los mismos (gametos y embriones). Sin entrar a considerar aquí si es moral y jurídicamente admisible que alguien pretenda perpetuarse ‘de ese modo’, la implantación del embrión en el seno de la mujer, equivale a la concepción, donde ya no basta la relación física de padre y madre, sino que es menester un despliegue técnico que supone la intervención de terceros (médicos), quienes quedan ligados por la voluntad del testador y, por cierto, la conformidad de la mujer

que ha de recibir el implante. El inc. 'b' de ese artículo ("*la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso*"), complicaba la inteligencia de la filiación matrimonial pues no se respetaba el máximo previsto en el art. 566 del Proyecto (el nacimiento dentro de los trescientos días de la muerte del presunto padre). Y ya que no se respetaba lo antes reglado, por que limitar a un año la posibilidad de ser padre por testamento o mediante el documento del art. 560, en tanto el embrión, 'cosa', pueda ser mantenida en congelación, aunque se sabe que después de cierto tiempo padece alguna forma de degradación. Según el art. 568, CCU, la aplicación del supuesto convertiría en discutible la filiación del nacido con el causante, en caso de que la esposa contrajere nuevas nupcias, desde que mantiene el mínimo y el máximo temporal para sostener la filiación matrimonial. Aunque la concepción *post mortem* no plasmó en el CCU, no advertimos que estuviere prohibida; en todo caso, desde que la filiación se puede patentizar mediante consentimiento expresado por acto de última voluntad (testamento, art. 571, inc. 'c', CCU), parece tener mayor eficacia el 'consentimiento' que la filiación real devenida de la naturaleza, lo cual engendra una gran imprecisión en orden al derecho a la identidad del nacido. Es claro, que estas cuestiones no cambian por el hecho de considerar o no cosa al embrión, pero sí ponen de relieve que la excelsa dignidad del ser humano, concebido del modo que fuere, padece la degradación que lo instala en la condición de mercancía, donde el consentimiento sobre ella tiene la virtualidad de 'crear' relaciones parentales y personas, que sólo habíamos admitido respecto a la voluntad coincidente de los socios en la constitución de las sociedades de todo tipo (art. 2, ley de sociedades comerciales). Hoy por hoy, según este CCU, el consentimiento, como expresión de la voluntad de las personas, generará personas humanas; una extensión de la potencia de la voluntad que sólo concedíamos a la Naturaleza.

4. Ciertas dicotomías del discurso jurídico. Se ha dicho del CCU, y no vamos a nombrar al autor del comentario, que el nuevo régimen abandona el patrimonialismo del régimen anterior para 'enfocarse en la persona'; que permite elegir una diversidad de formas familiares y, en este sentido, que 'el centro es el niño, no los padres ni los cónyuges'. Es una extraña forma del discurso jurídico en la medida en que encubre uno de los aspectos implicados en el 'interés' por la persona, pues, de lo que se trata cuando se habla de los nuevos derechos de la familia, es de dar prevalencia al interés de los mayores; eso sí, invocando el interés superior de los niños que padecen la desavenencia de sus padres y sus decisiones al margen de la Naturaleza. Pensamos que las nuevas formas de las uniones convivenciales, entorpecen lo sagrado y lo profano del matrimonio, que exhibe un ropaje de siglos, que no puede equipararse a las 'nuevas necesidades' y ansiedades de esos mayores. Más allá de lo que el nuevo sínodo Vaticano establezca, una cosa es la caridad y la tolerancia con que han de mirarse las penurias ajenas y, otra, la fuerza educativa que la norma debe transmitir a la comunidad,

apuntando a su perfección, a los valores superiores del espíritu, que es la máxima categoría, como reza el preámbulo de la Declaración Americana sobre los derechos y deberes del hombre de 1948. La ley debe ser vehículo de cultura, y debe ser apreciada y respetada por todos. La ‘educación del Pueblo’ era, en la visión de Juan Baustista Alberdi, el instrumento para hacer efectivos los encumbrados fines de la Constitución. Germán J. Bidart Campos nos enseñó sobre la fuerza normativa de la Constitución, ‘con ley, sin ley, contra la ley’. Lo que es contrario a la Naturaleza merece el respeto que impone la caridad, la tolerancia y la solidaridad de la grey humana, pero las cosas deben ser nombradas y reguladas en función de su esencia y de su finalidad. El matrimonio es uno solo, al que pueden agregarse distintas regulaciones relativas al patrimonio, con lo que no se modifica su esencia: ser la unión de un hombre y una mujer, con la principal finalidad de la perpetuación de la especie, de la formación de la familia, de la educación de los hijos, de la transmisión del acervo cultural, todo ello presidido por el amor inicial y la tolerancia recíproca con que el desgaste de los años imponga a la diaria convivencia. El amor, el afecto, la necesidad de compañía, la ayuda mutua, no excluyen los fines del matrimonio. La filiación es la relación parental que liga a las generaciones humanas, donde el pasado se continúa en el porvenir con la fuerza de la cultura, de las creencias y de las convicciones y no como el mero fruto de un consentimiento que disfraza la verdad natural de la concepción, en la ‘aceptación’ de un remedo de verdad que pone en crisis el derecho a la identidad de los hijos, cuya protección se dice postular (art. 595, inc. ‘b’, del Proyecto y del CCU; art. 596, tercer párrafo, CCU; art. 605, último párrafo, del Proyecto y del CCU; art. 626, inc. ‘c’ del Proyecto y del CCU; art. 629, último párrafo, del Proyecto y del CCU; el art. 1736, del Proyecto, acuerda indemnización plena por daños a la identidad y art. 1740, CCU; se tiene en cuenta también en la institución hereditaria, art. 2484 del Proyecto y del CCU). Véase el art. 8 de la Convención sobre los Derechos de los niños y, aún, en el art. 588, último párrafo, del Proyecto, ese derecho colide con la investigación de la maternidad, mediando técnicas de fertilización asistida, ‘cuando ha habido consentimiento’ que, claro, no pudo prestar el hijo (este art. 588, permanece en el CCU; véase el art. 582, último párrafo, CCU), aunque el art. 583, CCU, confiere al Ministerio Público la investigación de la paternidad cada vez que haya sólo determinación de la filiación materna, cuestión que puede afectar la estabilidad de los derechos, para decirlo de algún modo y, aún, el propio interés del hijo, como la intimidad de todos los afectados (v. art. 713, CCU, que establece que las acciones del estado de familia son de inherencia personal y no pueden ser ejercidas por vía de subrogación).

A nosotros no nos altera que las prácticas de la fertilización asistida sirvan para facilitar a las parejas la obtención de un embarazo homólogo; sí, en cambio, nos preocupa que se utilicen para subvertir el orden natural y ‘permitir’ que un hijo tenga dos madres y ningún padre o uno desconocido, o dos padres y una maternidad subrogada, y las formas que el CCU admite

en las nuevas uniones convivenciales (arts. 509, 518, CCU), solo en la medida que las relaciona con la ‘familia’ y con los hijos (art. 525, incs. ‘b’ y ‘c’; art. 526, inc. ‘a’, CCU). El legislador no puede –no debe- legitimar situaciones que la Naturaleza no ha previsto en su razonable regularidad, en la medida que implique contravenir su esencia. Debe legislar para la generalidad, orientando al bien común y a la perfección del individuo. Debe educar, orientar, desalentar. No se nos escapan señeras opiniones de que el Derecho debe seguir a los hechos ni que el ‘orden público’ es una categoría histórica que se moldea con el tiempo y las plausibles necesidades humanas; pero éstas no deben postularse como una ‘regularidad’, si son contrarias a la Naturaleza, aunque llegemos a aceptar que en materia de moral el Estado sea neutral, lo que dificulta la determinación del estándar de violación de la moral y buenas costumbres (actual art. 953, CC). Algo pasa en nuestra sociedad que no está bien; la información periodística publicita un hecho alarmante: entre 2002 y 2012, se cometió un homicidio cada tres (3) horas en la República (diario La Nación, edición del 15 de octubre de 2014, p. 31); el tráfico de drogas destruye la juventud y las familias; el consumismo y el materialismo se enseñorean en todos los ámbitos de la vida nacional; el valor de la palabra empeñada ha llegado a los niveles más bajos de la historia en apenas tres generaciones humanas; y son centenares de miles los chicos y jóvenes que abandonan tempranamente la escuela. No nos conformamos al ‘vale todo’, porque si el espíritu del Pueblo no se eleva, no habrá independencia ni libertad. El Código Civil debe servir para moldear la conducta individual al amparo del diseño constitucional y de los instrumentos que con la Constitución Nacional comparten su primacía jurídica; la familia tradicional debe seguir siendo la primera célula social y se la debe alentar y ayudar para que forme el carácter de los hijos; la propiedad privada debe seguir siendo inviolable, como lo postula claramente el art. 17, CN; el trabajo debe ser el origen de la riqueza de los individuos, de las empresas y del Pueblo en general; el Estado debe garantizar la relación laboral en términos de justicia y equidad y desalentar, con firmeza, todas las formas de explotación humana, como toda suerte de extorsión sindical, y el inveterado aporte de prestaciones ‘sociales’ claramente clientelares. Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha perdido su soberanía, y hoy por hoy se trenzan nuevas incorporaciones para facilitar la impunidad de los funcionarios; ya no tiene la última palabra en materia de garantías y derechos humanos; entre las fortalezas de la reforma constitucional de 1994, la equiparación de los instrumentos internacionales ayuda al desarrollo de los sistemas normativos internos, pero los derechos humanos no deben ser, en modo alguno, bandera interesada y políticamente sesgada de las mayorías circunstanciales. La CN es ley suprema y a ella deben ajustarse las leyes derivadas (CS EEUU, ‘Marbury v. Madison’); como pudo decir la Corte federal en los años de 1957 y 1958, cuando elaboró su doctrina pretoriana sobre el amparo (causas ‘Siri’ y ‘Kot’), los derechos deben ser protegidos y hechos valer, ‘porque están en la Constitución’. Nada hay en la CN que permita alterar la composición de la

familia (Convención ADH, art, 17: “*Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 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*”), la responsabilidad de los padres por sus hijos, el derecho de ellos de educarlos en sus creencias religiosas y en sus convicciones, de instruirlos en su historia personal, de hacerlos depositarios de la riqueza cultural y de la tradición de sus ancestros. El respeto por las tradiciones culturales que formaron el carácter de los argentinos es, también, cometido constitucional (art. 41, segundo párrafo; art. 75, inc. 19, primero y cuarto párrafos, y 23; art. 125, tercer párrafo, CN).

Nos altera las uniones convivenciales de personas del mismo sexo, en tanto se pretende con ellas sustituir la familia tradicional o, cuando menos, equipararla (caso del art. 522, *in fine*, CCU; art. 524, CCU, y del art. 527, CCU, derecho real de habitación, aunque limitado en el tiempo). Deben suprimirse en el articulado a ellas referidas, las palabras ‘familia’ (art. 518, CCU, vivienda ‘familiar’ por vivienda ‘común’ o ‘sede de la unión’, como en el art. 526; art. 522, CCU; art. 525, incs. ‘b’ y ‘f’, CCU; este último caso puede resolverse según la doctrina y jurisprudencia vigentes en materia de sociedad de hecho; art. 527, CCU, ‘hogar familiar’) y ‘hogar’ (art. 514, incs. ‘a’ y ‘b’; art. 520, título, CCU), porque no predica de aquéllas ninguna de ellas, lo que difiere de la mera ‘familia natural’, antes llamada ‘concubinato’ (unión de un hombre y una mujer, para formar una familia). No nos preocupa el acuerdo de contenido patrimonial ni los deberes de asistencia recíprocos (arts. 513, 514, 518, CCU) sobre el que haya de pactarse la convivencia; nos preocupa que de aquellas uniones, prescindiendo de la aptitud natural, se permita por vía de las técnicas de fecundación asistida, ‘asignarles’ hijos a quienes su naturaleza impide engendrarlos y concebirlos. El CCU no define ni conceptualiza al matrimonio y, cuando habla de los ‘requisitos’ (Capítulo II), se refiere a los ‘impedimentos’ para contraerlo (art. 403, CCU); pero el art. 402, CCU, establece: “*Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo*”. Con ello se consagra otro atentado a la familia tradicional, como es el matrimonio de personas del mismo sexo. En el art. 406, CCU, que lleva como título “*Requisitos de existencia del matrimonio*”, se dice: “*Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia*”. El art. 408, CCU, dice que el consentimiento debe ser puro y simple. Respecto de la forma y de los requisitos para la oposición al matrimonio, el sexo no constituye una cualidad del oponente, lo que no es

de extrañar si no interesa para su celebración; como tampoco se indica en la solicitud para la celebración (art. 416, CCU) ni en el acta en que constan los comparecientes al acto (art. 420, CCU). El CCU tampoco define ni conceptualiza la ‘familia’, aunque habla de ‘familia de origen’ (arts. 595; 595, inc. ‘c’; 596; 607, que también refiere a la familia ampliada; 620; 621; 627, inc. ‘b’ y 2432, CCU, referidos a la adopción), ‘familia ampliada’ (arts. 595, inc. ‘c’ y 607, inc. ‘b’ y ‘c’, CCU, referidos a la adopción), ‘estado de familia’ (arts. 305, sobre requisitos de la escritura pública; 413, referido a la oposición a la celebración del matrimonio; 420, contenido del acta de celebración del matrimonio; 712 y 713, referidos a las acciones de estado de familia, CCU) y de ‘grupo familiar’ (arts. 438, relativo a los requisitos del divorcio; 443, relativo al uso de la vivienda familiar; 655, sobre plan de parentalidad; 1092, referido a la relación de consumo; 2083, sobre el uso de los espacios comunes en las unidades de propiedad horizontal, CCU); pero sí define o conceptúa la adopción (art. 594, CCU) y ‘persona con discapacidad’ (art. 2448, CCU), entre otras situaciones, como cuando habla de persona, para referirse a la ‘persona de existencia visible’ del CC, se refiere a ‘persona humana’. En otros supuestos, el CCU define, como en el caso de las fundaciones (art. 193, CCU, que son personas jurídicas privadas, art. 148, CCU). En cuanto al sexo, solo está referido en el CCU en la prueba del nacimiento (art. 94), en el ya mencionado art. 402, CCU, en el art. 509, CCU, en tanto resulta indiferente para las uniones convivenciales, en el plan de parentalidad para evitar discriminación (art. 656, CCU) y en el caso de recompensa en un concurso público como modo de evitar la discriminación (art. 1808, CCU).

En variadas disposiciones el CCU se refiere al orden público; pero no define lo que debe entenderse por él. Esas disposiciones apuntan a sostener el orden público respecto de diversas situaciones; así, en el art. 2477, relativa al testamento; en el art. 2600, sobre la prioridad del orden público interno; el art. 2612, respecto al sometimiento de las pruebas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras; el art. 2634, la prioridad que se le atribuye en el emplazamiento filial; se declara allí de orden público el uso de técnicas de reproducción asistida a los efectos del reconocimiento de estado, en cuyo caso debe atenderse al interés superior del niño; en el art. 2673, en tanto impone para el control del orden público tener en cuenta aquel interés; el art. 2651, inc. ‘c’, en que se refiere a que los principios del orden público y a las leyes imperativas del derecho argentino, deben aplicarse a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el acto. Hemos dicho que el CCU no define el orden público, pero el art. 12, CCU, lo menciona y lo relaciona con el acto prohibido por una norma imperativa, de modo que estará informado por la finalidad que persiga la norma imperativa. Desde que ya hemos dicho, siguiendo la doctrina general, que se trata de una categoría histórica que puede variar según las convicciones de la sociedad en un tiempo dado, para nosotros la cuestión de que tratamos resulta vidriosa. Alguna vez pensamos en aquella afirmación de De Castro y Bravo, según la cual ‘un Derecho sin ideología es un derecho castrado’; seguimos sin adoptar una decisión sobre

la validez de la afirmación, toda vez que, según fuere la ideología del autor de la ley –derecho objetivo–, habría que aceptar sus conclusiones, al tiempo de adherir a la ideología. Como más seguro abordaje, pensamos que si es cierto que el CCU es la expresión de los derechos y garantías de la CN y de los instrumentos internacionales de igual jerarquía, la Carta Fundamental tiene en su parte dogmática el influjo del individualismo de su tiempo, pero remozado con la referencia al desarrollo de los derechos humanos, en los que se evidencia el gran esfuerzo por sumar derechos y limitar el poder estatal. Pero hay ciertos límites que no es admisible sobrepasar.

5. Una cláusula insoslayable en protección de la personalidad del embrión. En el comentario periodístico al que nos referimos antes, se dice que el CCU fue redactado con una perspectiva de derechos humanos que no necesariamente coincide con la de la Iglesia, y se trae como ejemplo de la justificación de que el embrión es cosa, el fallo de la Corte IDH, en ‘Artavia Murillo’, que ya recibió un comentario adverso de nuestra parte y a su contenido remitimos¹. Pero se agrega allí que un óvulo fecundado *in vitro*, un embrión *in vitro*, “*mientras no sea implantado no tiene derecho a la vida ni es persona*”. No estoy autorizado a hablar por la Iglesia, pero me siento capacitado para opinar sobre los principios jurídicos que rigen nuestro ordenamiento, en el que, cabe insistir, está inmerso el sistema internacional de protección de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), que tiene como fundamentos los atributos de la persona humana (Preámbulo, Convención Americana sobre derechos humanos). Rige allí la cláusula *pro homine*, que eleva como pauta interpretativa aquella que favorece al ser humano, y aquella otra que asienta el carácter progresivo de tales derechos y de su reconocimiento en favor de los individuos y con prescindencia de los Estados; así y a modo de ejemplo, el Estado parte que hubiere suprimido de su sistema jurídico la pena de muerte, no podrá implantarla en adelante (art. 4, Derecho a la vida, punto 3); ni puede aplicarse a las mujeres en estado de gravidez, lo que carecería de importancia si el ser en gestación fuera una cosa (art. 4.5). El argumento de que el embrión que se desarrolla por vía natural en el seno materno, ‘no tiene un derecho absoluto’, porque depende de los derechos de la mujer que lo anida en su cuerpo, ‘y de quien él depende’, resulta a nuestro criterio, aberrante y pretende abrir la puerta para el ingreso del aborto voluntario, hoy penado en el Código Penal de la Nación; amén, de que el derecho a la vida es absoluto, porque la persona es inviolable y todos los demás derechos tienen carácter instrumental (CS. ‘Campodónico de Beviacqua’); el derecho a la vida queda, entre otros, excluido de los supuestos de suspensión de garantías (art. 27, Convención ADH).

Pero hay otro argumento indiscutible por el cual, en nuestro sistema jurídico, al máximo nivel jerárquico normativo, no es aceptable aquella afirmación. Además de que fue impuesta como regla de interpretación del

¹ “Las perplejidades de de los derechos humanos”, en página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

Tratado sobre los derechos de los niños, la condición de tal del ser humano ‘desde su concepción’, en función de los arts. 30 y 70, CC, y de la doctrina que los informaba, una disposición especial de la Convención ADH, impide que se interprete ese instrumento, sea por la Corte IDH o por cualquier otro órgano legal o jurisdiccional, en el sentido de suprimir un derecho o una garantía existente en el ordenamiento interno de que se trate. El art. 29 de la Convención ADH, dice sobre las Normas de Interpretación de su texto: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) **limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;** c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*” (sic, remarcado añadido). En palabras llanas, no se puede interpretar la Convención ADH ni ningún otro instrumento, contenido o no en la enumeración del art. 75, inc. 22, CN, en el sentido de que sus cláusulas puedan limitar o suprimir el ejercicio de cualquier derecho reconocido en el ordenamiento jurídico interno. Por tanto, no solo no es cierto que el art. 19, CCU, en la interpretación que se pretende, coincide con el Pacto de San José, sino que contradice el art. 29, inc. ‘b’, de dicho Pacto, deviniendo insanablemente inconstitucional; y, como se exige ahora por la Corte federal (CS, ‘Videla’ entre otros) no puede sortear el control de convencionalidad.

6. Conclusiones. La ideología de la igualdad, de quienes no son iguales por su propia naturaleza, ha llevado al extremo de torcer los derechos y las instituciones más arraigadas y fuertes de la argentinidad; el derecho a la vida, desde la concepción, dentro o fuera del seno materno; la familia natural y la jurídica, sin descartar la confesional que atesora como sacramento la Iglesia Católica Apostólica y Romana, célula indispensable del entramado social, son hitos trascendentes en los que se ha clavado la cuña disociadora y decadente ligada a la reforma del Código Civil. Es claro que podía enmendarse y corregirse, pero siempre en función de que fuera una herramienta de unión de los argentinos, de desarrollo cultural y social. Un vehículo de civilización y de elevación espiritual del individuo, de seguridad económica, jurídica y patrimonial; un cauce adecuado para el desarrollo del hombre, en una sociedad democrática, solidaria, pujante, libre y feliz. Y esa reforma no se ha logrado.-

Comodoro Rivadavia, 16 de octubre de 2014.-