

Benjamín Aguilar Llanos^(*)

A propósito de una **propuesta de reforma** del Libro de Familia

«LA EXCEPCIÓN REFERIDA A QUE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES PUEDE ADQUIRIR BIENES MUEBLES, DEBERÍA LIMITARSE ÚNICAMENTE A DETERMINADAS ADQUISICIONES NECESARIAS, EN FUNCIÓN DE LOS REQUERIMIENTOS DOMÉSTICOS DE LA FAMILIA; DE ESTA MANERA SE GUARDARÍA COHERENCIA CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 292 VIGENTE».

Por Ley 26394 y 26673 se creó la comisión encargada de elaborar un proyecto de ley de reforma del Código civil; esta comisión ha propuesto reformas urgentes a los diferentes libros del Código Civil en particular al Título Preliminar, y a los libros de Personas, Acto Jurídico, Reales, Registros Públicos, Responsabilidad Extra contractual y Derecho Internacional Privado. Posteriormente y al amparo del Decreto Ley 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia, se dispone la publicación de estas propuestas, incluyéndose también lo correspondiente al Libro de Familia.

Se citan razones de urgencia para modificar algunos temas del libro de familia. Sin embargo, no se dice en qué consisten esas urgencias, ahora bien, en parte coincidimos con algunas propuestas, empero no se tocan algunos temas que si deberían ser reformulados, tales como el concubinato, el patrimonio familiar, el consejo de familia, entre otros. A continuación nuestro parecer sobre los temas planteados.

1. Sociedad conyugal, régimen patrimonial, disposiciones generales

Se propone modificar el artículo 295 en los términos siguientes:

1. Antes o en el acto de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.
2. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública bajo sanción de nulidad.

(*) Profesor de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3. No será necesario otorgar escritura pública cuando lo declaran en el acto de la celebración matrimonial, la que deberá constar en el acta.
4. Para que surta efectos ante terceros, debe inscribirse en el Registro personal. El Notario o alcalde, en su caso, dispondrá que se envíen los partes al registro.
5. A falta de escritura pública o de declaración ante funcionario municipal se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

Es conocido que nuestro sistema legal, contempla dos regímenes patrimoniales dentro del matrimonio; por un lado el de la sociedad de gananciales, régimen que mayoritariamente es acogido por nuestro pueblo, y que consiste básicamente en compartir entre los cónyuges, todo lo que se adquiere dentro del matrimonio así como asumir las obligaciones, pero sin desconocer que en el citado régimen, pueden coexistir bienes sociales con propios, así como deudas sociales como deudas personales. El otro régimen económico que tiene el carácter de excepcional, es el de separación de patrimonios, caracterizado por cuanto la propiedad, administración y disposición de los bienes, corresponde a cada uno de los cónyuges, régimen en el que no se comparte nada, sino que todo se encuentra separado tanto los bienes como las deudas.

Al celebrarse el matrimonio, si los cónyuges no han adoptado el de separación de patrimonios, entonces el régimen que regirá será el de sociedad de gananciales, en este caso la adopción de este régimen nace a consecuencia del matrimonio; ahora bien, si los futuros contrayentes desean que el matrimonio que celebrarán, se rija por el de separación de patrimonios, tendrán necesariamente que seguir un trámite formal, como es de la minuta, otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro personal.

Los trámites formales y el costo, a lo que debe sumarse la desinformación, pueden ser algunas de las razones por las que el régimen de separación de patrimonios, no ha sido utilizado como pensaron los legisladores que iba a ser, por ello, la propuesta de reforma gira en torno a que este régimen, también pueda nacer a propósito del matrimonio, sin necesidad de los trámites que implican el otorgamiento de escritura pública, sugiriéndose para ello, que en el momento de celebrar el matrimonio, el funcionario municipal, preguntará a

«EN ESTE CASO EN PARTICULAR, SI ES NECESARIO Y URGENTE DICTAR DISPOSICIONES QUE REGULEN LA MATERNIDAD ASISTIDA, PUES LOS HECHOS SE DAN EN EL PAÍS, Y LOS PROBLEMAS DE ORDEN LEGAL YA SE ESTÁN PRESENTANDO, Y LOS JUZGADORES NO TIENEN UN REFERENTE LEGAL PARA SOLUCIONAR ESTOS».

los contrayentes sobre la elección del régimen, y si por respuesta se obtiene el de separación de patrimonios, entonces será la Municipalidad quien se encargará de anotar en la partida de matrimonio correspondiente, este régimen y oficiará a los registros para su inscripción.

Como es de notar, la propuesta pretende agilizar y economizar costos, cuando se opta en la celebración del matrimonio por el régimen de separación de patrimonios, sin embargo para que esa propuesta sea viable y realista, antes que comience a funcionar ello, debería existir una agresiva campaña de información, sobre los regímenes existentes en nuestra legislación, pues si no fuera así, cómo se pretende que exista libre elección sobre algo que no se conoce.

Sobre los regímenes existentes quizás sería conveniente comenzar a plantearnos, la conveniencia de generalizar el régimen de separación de patrimonios, y así evitarnos los graves problemas que se presentan, cuando penosamente se llega a la separación legal o divorcio de matrimonios que están bajo el régimen de sociedad de gananciales,

Benjamín Aguilar Llanos

problemas que no existirían si los cónyuges desavenidos hubieran optado por la separación de patrimonios; sobre el particular España acaba de generalizar el régimen de separación de patrimonios, y sólo excepcionalmente y cuando así lo declaren expresamente los contrayentes, el régimen que regirá será el de sociedad de gananciales. La propuesta puede ser osada, sobre todo en nuestro país, donde las personas se casan con la idea de una comunidad de vida, no sólo en el aspecto personal sino en todo orden de cosas, el compartir es parte de la idea del matrimonio en que se unen dos personas.

2. Inscripción del régimen de separación de patrimonios

Propuesta de modificación del artículo 296 en los términos siguientes:

1. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio es necesario el otorgamiento de escritura pública.
2. Para que surta efectos antes terceros debe inscribirse en el registro personal.

Repárese en la redacción del artículo 295 vigente, al referirse a los efectos de este régimen, indicando que debe inscribirse en el registro, pero no alude a los terceros, como si lo señala esta propuesta, aún cuando podría entenderse que estaba implícito, pero es mejor que expresamente se diga, sin embargo una gran pregunta que queda flotando, está referido a los efectos de este régimen de separación con respecto a los mismos cónyuges, preguntas cómo desde cuando surte efectos esta decisión voluntaria de cambiar el régimen entre los cónyuges, desde la firma de la escritura pública, desde la fecha de inscripción en el registro, considerando que entre uno y otro puede transcurrir un período de tiempo que puede ser dilatado, y que en ese período cada cónyuge pueda adquirir bienes o contraer deudas. Esta pregunta no es respondida ni por el código vigente, ni por la propuesta; a nuestro parecer nos parece razonable que la eficacia de la sustitución para los cónyuges, se de desde la fecha de la escritura pública, en tanto que allí ha quedado expresada la voluntad de ambos cónyuges, de dejar un régimen y optar por otro, en este caso el de separación de patrimonios.

3. Sociedad de gananciales; disposición o gravamen de bienes sociales.

Se propone modificar el artículo 315 con la siguiente redacción:

1. Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención de ambos cónyuges. El acto practicado en contravención de lo anterior es anulable a solicitud del cónyuge que no intervino o de sus herederos.
2. No obstante lo establecido en el párrafo primero, cualquiera de los cónyuges puede ejercer la facultad de disponer de los bienes sociales o gravarlos, si tiene poder especial del otro.
3. Lo dispuesto en el párrafo 1 no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.
4. Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición que requieran el asentimiento del otro, siempre que existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendándose al interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo.
5. El acto es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento fue otorgado, pero de dicho acto no surgirá obligación personal ni responsabilidad alguna para él.

El tratamiento de la sociedad de gananciales en nuestro Código Civil, a nuestro entender no ha sido regulado en forma coherente; en algunos casos existen serias imprecisiones

(ver artículos 307 y 308), y en otros se ha dejado de regular determinados supuestos (disposición de bien propio que recaer sobre la casa habitación que es el hogar conyugal, la posibilidad o no de embargar el patrimonio social por deudas personales), ello crea problemas a nivel jurisdiccional; estos desajustes se perciben mayormente en el pasivo de la sociedad de gananciales; ahora bien la propuesta no aborda los problemas más sentidos, limitándose a sugerir cambios tratándose de la disposición de los bienes sociales, y para ello se sugiere modificar el artículo 315.

La propuesta nos trae cinco incisos que deberán ser parte integrante del nuevo artículo 315 del código civil; analicemos por separado cada uno de ellos.

En cuanto al primer inciso, según la exposición de motivos, se pretende uniformar los criterios dispares que existen hoy, al resolver los casos de disposición de bienes sociales sin la intervención de los dos cónyuges, en tanto que en el presente no hay norma sancionadora sobre el particular, y ello ha motivado que en algunos casos la sanción del juzgador se oriente a la anulabilidad, mientras que otros vayan por la nulidad del acto de disposición. En este contexto, la propuesta va por la anulabilidad del acto de disposición que violenta la norma, norma que obliga a la participación de ambos cónyuges en los actos de disposición. Es claro el propósito de proteger al tercero que contrata con alguno de los consortes, en tanto que la anulabilidad da la posibilidad de confirmación del acto, sin embargo no se mira el interés del cónyuge no interviniente en el acto de disposición. Creemos que la solución debería ser la nulidad del acto de disposición, por cuanto la infracción implica violentar normas imperativas, además de que el acto mismo estaría persiguiendo fines ilícitos, supuestos todos ellos de nulidad y no de anulabilidad.

En cuanto al segundo inciso, resulta obvio e incluso no merece regulación, en tanto que está dada la posibilidad del otorgamiento de poderes entre los cónyuges, y si allí uno de ellos faculta al otro para vender, entonces en puridad estamos ante una disposición en la que han intervenido los dos cónyuges, uno directamente y el otro a través de apoderado. En lo que atañe al inciso tercero, se repite la fórmula vigente sobre adquisición de bienes muebles. Como conocemos, el actual artículo 315 posibilita que indistintamente cualquiera de los cónyuges, pueda adquirir bienes muebles; sobre el particular llama la atención se insista sobre una fórmula harto

criticada, en tanto que la actual legislación, parte de una premisa que no necesariamente responde a la realidad de las cosas, la de considerar los bienes muebles de inferior valor a los inmuebles, y por ello, para la adquisición de éstos, se requieren la intervención de los dos consortes, intervención conjunta que no es necesario en el caso de los bienes muebles, premisa que como es de notar no siempre es exacta, sobre todo ahora con la ley de garantías mobiliarias, en donde se consignan bienes muebles de mucho mayor valor que los inmuebles, además la compra de un bien supone el pago de precio de ese bien, lo que implica a su vez un acto de disposición. Creemos que la excepción referida a que cualquiera de los cónyuges puede adquirir bienes muebles, debería limitarse únicamente a determinadas adquisiciones necesarias, en función de los requerimientos domésticos de la familia; de esta manera se guardaría coherencia con el segundo párrafo del artículo 292 vigente del código civil, sobre la representación legal de la sociedad conyugal para necesidades ordinarias del hogar conyugal, en la que la representación recae indistintamente en cualquiera de los cónyuges.

En cuanto al inciso cuarto, nos parece atendible una propuesta que conlleve la autorización del juez para que cualquiera de los cónyuges, pueda disponer de bienes sociales sólo en casos de necesidad o utilidad, en este supuesto se estaría actuando en función del interés familiar, que se sobrepone al interés particular del cónyuge, más aún cuando debido a desavenencias entre cónyuges, uno de ellos sin razón alguna podría oponerse a la venta de un bien social, cuando de por medio el interés de la familia esta presente, por ello aquí la intervención del juez debería hacerse necesaria y urgente.

En lo que atañe al inciso quinto, nos parece una lógica consecuencia de lo dispuesto en el inciso cuarto.

Benjamín Aguilar Llanos

4. Separación de patrimonios.

Se pretende modificar el artículo 329 en los términos siguientes:

1. El régimen de separación puede ser establecido por el juez:
 - a) A pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa.
 - b) Si el otro cónyuge ha sido declarado judicialmente interdicto o condenado por delito doloso.
 - c) Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado.
2. Interpuesta la demanda puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las medidas concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el Registro personal para que surtan efectos frente a terceros. Entre los cónyuges la sentencia que declara fundada la sustitución del régimen patrimonial surte efectos desde que queda consentida o ejecutoriada.

Como sabemos la elección del régimen de separación de patrimonios se puede dar en dos momentos, antes de la celebración del matrimonio, y durante éste; en cuanto al primero, hay una propuesta de reforma que hemos analizado, en cuanto al segundo, veamos en que consiste.

Como es de conocimiento público, y ya lo hemos señalado, la separación de patrimonios puede darse antes de la celebración del matrimonio, y en esa etapa es indispensable se cumplan con formalismos de ineludible cumplimiento, como es la escritura pública y la inscripción en el registro; en cuanto a la separación de patrimonios de un matrimonio que está sometido al régimen de sociedad de gananciales, se posibilita que los consortes puedan voluntariamente cambiar el régimen, y para ello deberán liquidar la sociedad de gananciales, otorgar escritura pública e inscribir en el registro, sin embargo cabe igualmente la posibilidad de que no existiendo consenso se llegue a la separación de patrimonios, pero ahora por la vía

judicial; ahora bien, la propuesta sugiere tres supuestos en el que se podría llegar a solicitar la separación de patrimonios, analicemos por separado ello.

El inciso primero reitera el concepto vigente referido al abuso de facultades del cónyuge, o actúa con dolo o culpa, en ese supuesto el cónyuge agraviado puede solicitar judicialmente la separación de patrimonios.

El inciso segundo, la propuesta sugiere que también se puede ir a la separación de patrimonios, cuando el otro cónyuge ha sido declarado judicialmente interdicto o condenado por delito doloso; sobre el particular expresamos nuestro parecer diferente respecto a la causal de interdicción, en tanto que sin tener en consideración el deber de asistencia que impone el matrimonio, se considera que cuando el cónyuge devenga en incapacidad, daría lugar a que el otro cónyuge pueda pedir la separación de patrimonios; no encontramos razones valederas para ello, que no sean intereses individualistas y particulares, obviando que se trata de una comunidad de bienes, en la que ambos cónyuges deben cuidar y proteger el patrimonio común, deber que debería permanecer con mayor razón, cuando uno de los cónyuges es incapaz, pues en ese caso, el otro cónyuge al cuidar el patrimonio común, cuida la del cónyuge incapaz, y el suyo propio; creemos suficiente lo que está vigente en nuestro código, como es el artículo 294 sobre dirección y representación de la sociedad conyugal pero sin ir al cambio del régimen. En cuanto a que el cónyuge haya sido condenado por delito doloso, nos parece una fórmula muy amplia que podría dar lugar a que delitos menores, sancionados con penas que no implicarían carcelería efectiva, pueda dar lugar a separar patrimonios, sobre todo cuando se trata de un cónyuge que haya caído en desgracia, salvo claro está tratándose de delitos graves que conllevan penas severas y con carcelería efectiva.

El tercer inciso nos señala como causal para pedir la separación de patrimonios, el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo, pues bien este inciso está propuesto sobre la base de lo que está vigente en el código como es el artículo 294, referido a la dirección y representación de la sociedad conyugal. En este caso si nos parece prudente que el cónyuge abandonado, pueda solicitar la separación de patrimonios en defensa de sus intereses, aún cuando la ley 27495 sobre separación legal y divorcio, establece el momento de la separación del hogar conyugal, como fin del régimen de sociedad de gananciales en los casos de separación de hecho y abandono injustificado, momento en el cual al fenecer el régimen, se da paso a la separación de patrimonio.

Termina la propuesta señalando que la sentencia que declarara fundada la sustitución del régimen patrimonial, surte efecto desde que queda consentida o ejecutoriada; obsérvese que la propuesta pretende variar totalmente lo que está vigente, en tanto que hoy la sustitución del régimen tiene efecto desde la notificación de la demanda; sobre el particular la actual fórmula nos parece la más apropiada, sobre todo si se trata de resguardar los intereses del cónyuge agraviado, en tanto que si éste, debe esperar a que culmine el proceso con sentencia firme, para que opere el cambio de régimen, nos preguntamos que pasaría en el interregno, si es que el cónyuge demandado sigue actuando en perjuicio de su consorte, y ello puede ocurrir pese a la existencia de medidas cautelares; mejor es evitar el riesgo, y para ello la fórmula de la actual norma vigente (artículo 329) nos parece la más apropiada.

5. Sociedad paterno filial - Filiación Extramatrimonial - Filiación por reproducción médicamente asistida

Como lo señala la propuesta en su exposición de motivos, este capítulo es novedoso en tanto que hoy el Código Civil vigente, no contiene ninguna norma sobre el particular, más aún norma específica sobre la materia sólo la encontramos en la Ley general de salud, Ley 26842, en el artículo 7, cuando refiere que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante técnicas de reproducción asistidas, haciendo énfasis en que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, y otra norma que no incide sobre la maternidad asistida, pero alude a la protección del concebido, la encontramos en el código de los niños y adolescentes

en el artículo 1, al aludir a que ese código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

En este caso en particular, si es necesario y urgente dictar disposiciones que regulen la maternidad asistida, pues los hechos se dan en el país, y los problemas de orden legal ya se están presentando, y los juzgadores no tienen un referente legal para solucionar estos, sólo a guisa de ejemplo proporcionamos algunos de ellos, dados principalmente en fecundaciones artificiales heterólogas, o fecundación *in Vitro* heterólogas, así el caso de una mujer casada inseminada con semen que no es de su marido, entonces ese hijo nacido bajo estas técnicas de reproducción asistida, dice la ley vigente que tiene como padre al marido de la mujer que alumbró, aún cuando como sabemos el padre genético es el donante, y si éste quisiera reclamar esa paternidad, cuál sería la solución; o el caso de la mujer casada cuyo marido deposita su semen, y luego de muerto, ella se hace inseminar, produciéndose luego la concepción y el nacimiento, entonces estamos ante un hijo matrimonial o extramatrimonial, o la situación de las madres sustitutas que luego de gestar dando a luz a un niño que genéticamente no es de ella, pero que ella lo alumbró, pretendan luego reclamarlo como propio; pues bien estas situaciones hoy no tienen solución legal, en tanto que como ya quedó anotado no hay normatividad sobre el tema, por ello se hace urgente regular, aún cuando pensamos que quizás lo más recomendable sería remitir la regulación a una ley especial.

5.1. Artículo 417-A - Filiación mediante fecundación médicamente asistida

Se propone el artículo 417-A con la siguiente redacción:

1. La filiación derivada de las técnicas de reproducción médicamente asistida se

Benjamín Aguilar Llanos

regulará por las normas vigentes, salvo las especiales contenidas en este capítulo.

2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro de Estado Civil.

La propuesta trabajada con el numeral 417-A, alude a la filiación originada en técnicas de reproducción médicamente asistidas, las mismas que deberán ser reguladas por las normas que se están proponiendo, a las que debería de adicionarse, la necesaria concordancia con las normas que igualmente se dictarán en el libro de personas sobre la concepción. Así mismo se regula el derecho del nacido bajo estas formas, con la finalidad de no ser discriminado por su particular forma de nacimiento, en ese sentido se prohíbe hacer referencias acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal, entiéndase DNI o registro de estado civil, y ello nos parece prudente y aconsejable, pues como dice la misma exposición de motivos, no importa la forma de reproducción, sino el ser humano que de la misma surge, en atención a que la vida humana es digna de la más amplia protección.

5.2. Artículo 417-B - Determinación de la filiación matrimonial

Se propone el artículo 417-B en los siguientes términos:

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el párrafo tercero.
2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.
3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que se realice dentro del plazo máximo de seis meses de la muerte del marido.

La propuesta alude a la condición matrimonial del hijo nacido bajo estas técnicas y contiene tres supuestos; el primero de

ellos versa sobre la inseminación artificial homóloga, el segundo trata la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido, y el último supuesto la inseminación artificial homóloga post mortem.

En cuanto a la inseminación artificial homóloga realizada con semen del marido y óvulo de la mujer casada, se propone que el hijo así concebido y alumbrado tenga la calidad de hijo matrimonial, ello en principio no debería traer problema legal alguno (sin desconocer el cuestionamiento ético de la Iglesia Católica sobre el particular), más aún cuando esta inseminación calza con la presunción *pater is*, que contempla nuestro artículo 361 del Código Civil; ahora bien, en este supuesto es evidente que debe existir consentimiento del marido, el cual desde nuestro parecer no debe presumirse (como está contenido en la propuesta), sino que debe constar expresamente en documento cierto, pues pese a que el semen es del marido, pueden presentarse casos en el que se den concepciones sin el asentimiento del marido , el cual luego del depósito del semen se retracta de la concepción, y sin embargo la mujer termina inseminándose, en este supuesto creemos que se estaría atentando contra su derecho a la libertad y de procreación, la misma que debe ser consentida.

La inseminación artificial heteróloga, que como ya lo hemos señalado se realiza con semen u óvulo de tercera persona, requiere para que el hijo así concebido y alumbrado pueda ser considerado como matrimonial, el asentimiento expreso del cónyuge, es de observar que aquí la propuesta si considera indispensable que exista este consentimiento expreso, lo cual nos parece válido; ahora bien, creemos que la propuesta también debería considerar la sanción en el caso de no obrar el consentimiento, y aún cuando parezca obvio decir que en ese supuesto, el hijo así concebido no es matrimonial, sin embargo hay otras circunstancias que rodean el hecho,

como es el supuesto de la mujer casada que se hace inseminar con semen de tercero sin conocimiento del marido, situación ésta que a la luz de la legislación vigente, ese hijo así concebido goza de la presunción legal *pater is*, además de considerar que esa conducta de la mujer casada no llega a ser adulterio, pero no cabe duda que se trata de una situación que tornaría la vida de pareja, insoportable o quizás imposible, pues bien, creemos que estas situaciones deberían ser contempladas en la propuesta de reforma.

En lo que se refiere a la inseminación artificial post mortem con material genético del marido, se está considerando que el hijo así alumbrado tenga la condición matrimonial, siempre y cuando la inseminación se verifique dentro del plazo de seis meses de la muerte del marido; ahora bien, en cuanto a los plazos sabemos que todos ellos terminan siendo arbitrarios, sin embargo y por considerar que todo el procedimiento de la maternidad asistida no puede concluir en un plazo corto, es que se está fijando seis meses, empero no debemos dejar de tener presente el numeral 361 del código civil para considerar a un hijo matrimonial en el caso del hijo póstumo, el cual lo será si su nacimiento se produce dentro de los 300 días de haber concluido el vínculo matrimonial, todo ello dentro de los plazos mínimos y máximos de gestación que recoge nuestro código (180 o 300 días). Por otro lado sería recomendable que esta propuesta que nos parece atendible, sobre todo para proteger derechos hereditarios de los así concebidos, debería estar claramente establecido la forma cómo aparece el consentimiento del marido, que puede ser por testamento o instrumento público.

6. Impugnación de paternidad

Se propone el artículo 417-C con los siguientes términos: Procede la impugnación de la paternidad derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el párrafo 2, o fuera del plazo establecido en el párrafo 3 del artículo 417-B.

Esta propuesta es lógica consecuencia de lo regulado en maternidad asistida, en tanto que se pone en la situación de que tal maternidad haya sido sin consentimiento del marido, sin embargo sólo recoge el supuesto de la inseminación artificial heteróloga en mujer casada y la de la concepción fuera del plazo de los seis meses; ahora bien, esta regla sugerida es

pertinente, pues en sociedades conyugales donde se va a insertar un hijo, lógico es que tenga la aprobación de ambos, sobre todo por las consecuencias jurídicas que se derivan de ello, entonces si no ha habido consentimiento, mal podría el hijo situarse en la calidad de tal respecto del marido de la mujer, siendo justo que éste lo niegue con las normas del artículo 363 del código civil, en particular el inciso quinto referido al uso de la prueba del ADN.

Es de notar que se deja de lado la negación de paternidad cuando se trata de inseminación artificial homóloga, en donde la propuesta considera que se presume el consentimiento del marido de la mujer, al haber utilizado su material genético, sin embargo y como ya lo hemos referido, creemos que podría darse el caso del marido que habiendo depositado su material genético, ya no es del parecer que se use para la fecundación de su mujer, puesto en ese caso, cómo resolvería el problema de una paternidad no deseada e incluso contra su voluntad, por ello creemos que aún en este caso, y teniendo presente su calidad de padre biológico, debería contemplarse la situación, quizás para considerar la conducta de la mujer, como una causal específica de separación de los cónyuges.

La propuesta también considera la negación de la paternidad matrimonial post mortem, cuando la inseminación se realiza fuera del plazo de los seis meses de muerte del marido, como es obvio en este caso quienes podrían accionar serían los sucesores del marido, sin embargo no queda clara la propuesta de qué es lo que se impugna, la condición de hijo del marido fallecido, no creemos que ello sea así, pues biológicamente será de él, entonces debemos concluir que lo que ofrece la propuesta es impugnar la calidad de hijo matrimonial, quedándose con la condición de hijo extramatrimonial, si ello es así, resulta inocua la propuesta, pues en cuanto a derechos de uno u otro, son los mismos.

Benjamín Aguilar Llanos

Debería aprovecharse esta reforma, en lo que se refiere a este tema, para también dejar claramente expresado el derecho del hijo así concebido, de tener la calidad de sucesor del padre fallecido, pese a que su concepción y nacimiento se dieron cuando ya se había abierto la sucesión del causante, padre del hijo.

7. Determinación de la paternidad extramatrimonial

Se propone el artículo 417-D con la siguiente redacción:

1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización del material genético, equivale al reconocimiento de la filiación.
2. La utilización de material genético de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial.
3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concorra lo establecido en el párrafo 3 del artículo 417-B.

La propuesta no sólo trabaja maternidad asistida para sociedades conyugales, sino también para uniones de hecho, aún cuando no necesariamente sean éstas con las características de los llamados concubinatos regulares, descritos en el artículo 326 de nuestro Código Civil.

La propuesta no deja de ser osada, pero realista en la medida que tiene que ser reflejo de lo que puede estar sucediendo en una sociedad, y es un hecho innegable que al lado de las familias matrimoniales, también existen las uniones de hecho, entonces poniéndose en este segundo supuesto, regula hipótesis de parejas que tienen dificultades en la concepción de sus hijos, como sucede con las matrimoniales, y si a éstas se les da la posibilidad de lograr la maternidad vía la asistencia médica, por qué no se les va a dar a las parejas concubinarias también esa posibilidad.

En cuanto a establecer la relación paterno filial o materno filial, al no darse las presunciones legales en estas uniones de

hecho, entonces se debe regular lo referente al reconocimiento, que es una de las vías para establecer esa relación.

La propuesta trae tres supuestos, en el primero de ellos se establece que el documento de fecha cierta o testamento en donde consta el asentimiento a la reproducción médicamente asistida, y por ende a la utilización del material genético equivale al reconocimiento, esta fórmula nos parece razonable, aún cuando se está dejando de regular las situaciones en las que la persona que originariamente autorizó, luego de ello y antes de que se produzca la inseminación artificial cambie de parecer, y pese a ello se proceda a la fecundación; esta situación debería ser contemplada.

En cuanto a la segunda, alude al uso del material genético de un cedente anónimo, señalándose que no da lugar al establecimiento de una relación paterno filial, entendemos que en el supuesto de haber identificado al cedente, y la fórmula descansa en el acto altruista del cedente, pero si éste ha recibido un pago por la cesión (lo que viene ocurriendo en la actualidad), quizás otro sería el proceder legal; ahora bien, a propósito del anonimato de los cedentes de material genético, interesa preguntarse si debieran permanecer así, o en alguna circunstancia se debe indagar su individualización, y lo decimos por cuanto de mantenerse este anonimato, estaríamos yendo contra el derecho de identidad del hijo procreado con estos métodos, por ello una regulación de esta materia merecería una ley, y un reglamento especial que contemple algunas situaciones que estamos planteando, y otras que surgirán de esta procreación asistida, en la que debe velarse por el ser humano procreado bajos estas técnicas, pero también por los padres genéticos, los padres biológicos y los padres legales, entre otros temas.

El tercer supuesto contempla la inseminación artificial post mortem con material genético del

conviviente de la madre, en ese caso dice la propuesta que se presume la paternidad, siempre que se realice dentro del plazo máximo de seis meses de la muerte del conviviente; al respecto y sobre el plazo hemos dado nuestro parecer sobre el hijo matrimonial, y en cuanto a esta situación de convivencia, creemos que debe ser más preciso la propuesta, en cuanto a estas uniones de hecho, pues es muy genérico el término convivencia.

8. Determinación de la maternidad

Se propone el artículo 417-E, en los términos siguientes:

1. El parto determina la maternidad. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja.
2. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro.

Aquí la propuesta toma una posición bien clara respecto a determinar la maternidad, y así nos dice que el parto determina la maternidad, pese a que se puede tratar de un alquiler de vientre (alquiler que casi la mayoría de las legislaciones la prohíben), y por ello la propuesta termina señalando que esta determinación de maternidad, se da aún en los casos del concebido con el uso del material genético proveniente de otra mujer o pareja, sin embargo la regla que es general, puede llegar a ser injusta, sobre todo cuando ha habido acuerdos de procreación altruista, sin la menor posibilidad de lucro, puesto en esa hipótesis y ante la eventualidad de una discusión sobre el hijo, la regla termina beneficiando a la madre que alumbró al hijo, pese a que genéticamente no es de ella, e incluso esta regla podría ir contra los intereses superiores de los niños.

La propuesta alude también a los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro, señalándose que no son exigibles, empero no se detiene a contemplar situaciones de maternidad subrogada con fines altruistas.

La norma refiere que no son exigibles esos acuerdos, sin embargo no se pronuncia por su invalidez, lo que nos lleva a pensar que al no ser exigibles podrían ejecutarse si es que las partes estuvieran de acuerdo en ello, supuesto en el cual posteriormente no se podría atacar por no haber sanción alguna.

9. Amparo familiar

9.1 Curatela - Sujetos a curatela

Se propone modificar el artículo 564 en los siguientes términos:

1. Están sujetos a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 44 incisos 2 y 3.
2. No se puede nombrar curador para los incapaces sin previa declaración judicial de interdicción, salvo el caso del inciso 2 del artículo 44.-

El artículo 569 con la siguiente redacción:

La curatela de las personas a las que se refiere los artículos 43, inciso 2, y 44 incisos 2 y 3 corresponde:

1. Al cónyuge no separado judicialmente.
2. A los padres.
3. A los descendientes, prefiriéndose al más próximo al más remoto y en igualdad de grado al más idóneo, La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia.
4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.
5. A los hermanos.

Se propone modificar el artículo 610:

1. La curatela instituida conforme a los artículos 43 inciso 2 y 44 inciso 3, cesa por declaración judicial que levante la interdicción.
2. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.

Benjamín Aguilar Llanos

Se propone modificar el artículo 612:

La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43 inciso 2, y 44 inciso 3, se concede sólo cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapreció el motivo.

Se propone derogar el artículo 566, y los artículos que van desde el 584 hasta el 594 y el artículo 613.

La propuesta tiene como base a su vez, la propuesta de reforma del Libro de Personas, en lo concerniente a la incapacidad de ejercicio, tanto la absoluta como la relativa. Nos señala quienes son estos incapaces y quienes ejercerán la curatela de los mismos.

La modificación pretende, según lo reconoce la misma exposición de motivos, hacer más práctico el tratamiento de la curatela, sin necesidad de entrar en definiciones, hipótesis y planteamientos situacionales del actual código civil vigente; ahora bien si eso es lo que se pretende, creemos que no lo logra, pues no la encontramos clara en cuanto a responder tres preguntas que nos parecen esenciales en el caso de la curatela, esto es, quienes están sujetos a curatela, lo que implica conocer con precisión los incapacitados; quienes pueden pedir y a quienes les corresponde ejercer el cargo, para ello es necesario conocer a los titulares de la acción, así como las clases de curadores legítimos; y las funciones del curador, tarea fundamental y que va de la mano con la decisión del juez, sobre la base del informe del profesional sobre el presunto interdicto.

La propuesta debió, a nuestro entender, pronunciarse respecto a la incoherencia que existe hoy en la clasificación de las curatelas, en las que aparte de la curatela típica que si es una figura de amparo del incapaz, se regulan las curatelas llamadas de bienes o para administración de bienes, y las especiales o para asuntos determinados, ambas sin mayor contenido en cuanto a cumplir funciones de protección a la persona, pues se reducen a cuidar bienes, o intereses, que no tienen nada que hacer en el ámbito del derecho de familia.

La propuesta modificatoria del Libro de Personas, en cuanto a la incapacidad de las personas, nos trae una lista de incapaces que difiere en mucho con la vigente, así se dice que son absolutamente incapaces los menores de 16 años salvo

para aquellos actos determinados por la ley, y quienes hayan sido declarados judicialmente como tales, por carecer habitualmente de discernimiento o no poder expresar su voluntad de manera indubitable.

En cuanto a la incapacidad relativa la propuesta nos señala que lo son, los mayores de 16 años y menores de 18 años, así mismo los condenados con pena que incluye la inhabilitación, y quienes hayan sido declarados judicialmente como tales por una discapacidad física, mental, sensorial o de comportamiento que sin afectar el discernimiento, les impida atender apropiadamente el cuidado de los mismos o su patrimonio.

Obsérvese que en la lista de los incapaces absolutos que trae la propuesta, no se menciona expresamente a los sordomudos, ciego sordos y ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, y en cuanto a los incapaces relativos no se menciona a los que sufren retardo mental, deterioro mental, pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos, y en lo que se refiere a los condenados se señala que estarán sujetos a curatela los que con la condena sufran inhabilitación.

Cierto es que los sistemas de guardaduría del incapaz están siendo revisados, como ya lo ha hecho Alemania en 1992 a través de lo que ellos llaman *Betreuung* conociéndose al curador como *betreuer* y al curado *betreuter*, o lo que en castellano sería asistencia, asistente y asistido; ahora bien la idea central de estos nuevos sistemas, está centrado en no excluir totalmente al curado de su vida jurídica, sino sólo en los casos que lo demande, dejándolo participar del cuidado de sus propios intereses por sí o a través de apoderado, si estuviere en capacidad de hacerlo, y ello tiene que ver mucho con el diagnóstico médico sobre la persona, pues es evidente que no todos los retardados mentales (no todos tienen

deficiencia severa) o los que sufren deterioro mental (no todos están en la misma situación), necesitan que los asistan plenamente, igual cosa ocurre con los ebrios habituales y los toxicómanos, en donde de hecho hay grados de alcoholismo o toxicomanía, igual puede suceder con los pródigos y malos gestores, que llegan a la interdicción por problemas de orden económico, pero en cuanto a las relaciones de orden personal, no encontramos funciones

propias del curador, como ahora si lo hace la legislación vigente.

Pues bien, son estos casos los que debe contemplar una nueva legislación de la curatela, comenzando con la exclusión del libro de familia de las denominadas curatelas atípicas por ser ajenas a un sistema de amparo de los incapaces.

Por todo ello, no comulgamos con toda la propuesta del libro de curatela que trae la reforma. ☺

CROCI
SILVA
ABOGADOS

T/ (511) 442-3300 Y LA PÁGINA WEB: WWW.CSABOGADOS.COM.